Abhandlungen
einiger
vorzüglichen Gegenstände
des deutschen
Staats- und Privatrechts

von

D. Adolf Felix Heinrich Posse
Professor des Staats- Lehn- und deutschen Rechts
zu Rostock.

Zweytes Heft.

Rostock und Leipzig,
in der Stillerschen Buchhandlung,
1804.

Inhalt.

1) Das Polizeyrecht ist kein besonderes Hoheitsrecht, und der Unterschied zwischen hoher und niederer Polizey muß anders und genauer, als bisher geschehen ist, bestimmt werden.

2) Ueber die erlöschende Verjährung der gutsherrlichen Bauerndienste; nebst

nebst einem Versuche, die Hauptgattungen der deutschen Bauern genauer von einander zu unterscheiden.

3) Ueber die Natur der deutschen Erbgebühr der Ehegatten, oder der statutarischen Portion.

I.

Das Polizeyrecht
ist
kein besonderes Hoheitsrecht,
und der Unterschied
zwischen
hoher und niederer Polizey
muß anders und genauer,
als es bisher geschehen ist,
bestimmt werden.

Das Polizeyrecht ist kein besonderes Hoheitsrecht, und der Unterschied zwischen hoher und niederer Polizey muß anders und genauer, als es bisher geschehen ist, bestimmt werden.

Benennungen, die in ältern Zeiten schon in wissenschaftlichem Gebrauch gewesen sind, und die man beybehalten hat, haben schon öfters große Verwirrung verursacht, wenn sie gegenwärtig Gegenstände bezeichnen sollen, die von denjenigen, welche sie bey ihrem Ursprunge andeuteten, völlig verschieden sind. Bey keiner Materie ist dieß wohl auffallender als bey dem Ausdruck Polizey, unter welchem Aristoteles und seine

Schüler den Inbegriff aller Regierungsrechte und deren Anwendung verstanden, mit welchem aber heutzutage ein besonderer Zweig der Staatsgewalt bezeichnet werden soll, über dessen Grenzen man in Rücksicht auf die übrigen Hoheitsrechte, besonders die Gerichtsbarkeit, nichts weniger als einverstanden ist. Noch ehe man in Deutschland anfing, das Staatsrecht systematisch zu betreiben, hatte sich aus den Schulen der Philosophie der Nahme Politia allgemein in die Rechtsgelehrsamkeit verbreitet, und man verstand darunter alle Hoheitsrechte, die man damals kannte, die Gerichtsbarkeit ausgenommen. Diese letztere war in einem besondern Titel des römischen Rechts enthalten, und da aus diesem alle Rechtsbegriffe im Mittelalter entlehnt wurden, so kannte man nur diesen Zweig der Staatsgewalt unter einem besondern Nahmen, und behandelte unter demselben das Staatsrecht, bis man mit dem gemeiner werdenden longobardischen Lehnrecht anfing, diesen Gegenstand nach den einzelnen Regalien zu betreiben und denselben eigene Benennungen zu geben.

Ehe man hierin aber nur zu einigermassen deutlichen Ideen kommen konnte, mußte

erst die Vorstellung verwischt seyn, daß das römische Recht von den Vorfahren der deutschen Kaiser herrühre, mithin für Deutschland, so wohl im Ganzen als in seinen einzelnen Theilen, ein völlig genügendes Recht sey, und die Regierungen in den Territorien nicht berechtigt wären, eigene von dem fremden Rechte abweichende Gesetze zu machen, wenn diese nicht von den Kaisern besonders bestätigt worden wären. Hierzu trug unstreitig die Reformation das mehrste bey, denn gerade sie ist es, welcher die Landeshoheit ihre Festigkeit und Erweiterung zu verdanken hat. Erst seit dieser Zeit fühlte man von Seiten des gesammten Deutschlandes so wohl, als der einzelnen Provinzen desselben, die Nothwendigkeit, gesetzliche Bestimmungen über solche Gegenstände zu machen, die das gemeine Wohl herbeyführen und dasjenige aus dem Wege räumen sollten, was demselben entgegenstand. In der legistischen Schule hatte man für die im römischen Rechte enthaltenen privatrechtlichen Bestimmungen den Ausdruck Lex, und da die Gebung solcher Gesetze (Legislatio) für eine schon abgemachte Sache gehalten wurde, so überlies man es der philosophischen mit der Aristote-

 lischen

lischen Politia dasjenige zu verfügen, was im Uebrigen dem Staate vortheilhaft seyn möchte. Diejenigen Gesetze, die im sechszehnten Jahrhundert, so wohl auf den deutschen Reichstägen als in den Territorien, für dergleichen Gegenstände gemacht wurden, nannte man von der Quelle, aus der sie hergeleitet wurden, Polizeyordnungen.

Polizeysachen waren daher nach dem Sprachgebrauche des sechszehnten Jahrhunderts solche Gegenstände, die nicht durch das fremde Recht, sondern durch die eigene allgemeine deutsche, oder besondere, Territorialgesetzgebung ihre Bestimmung erhalten hatten. Die bürgerlichen Rechtssachen behandelte man nach dem aus den fremden Rechten entlehnten Processe; in Absicht der Polizeysachen war entweder ein eigenes Verfahren vorgeschrieben, oder man hielt sich doch für berechtigt, eine ungebundenere und den gewöhnlichen Rechtsmitteln nicht unterworfene Behandlungsart eintreten zu lassen. Unleugbar ist die Eintheilung in Justitz- und Polizeygewalt die älteste unter allen Classificationen, die man mit den Regierungsrechten vorgenommen hat; alles, was man in der Folge unter die nahmhaft gewordenen

Hoheitsrechte nicht begreifen konnte, blieb unter der alten Hauptclasse, Politia, stehen; auf dieselbe Weise, wie man bey der Eintheilung der Universitäten in vier Facultäten in der vierten, welche die Weltweisheit faßte, mehrere aus dieser sich entwickelnden Kenntnisse unter besondere Nominalprofessuren stellte, alles aber, was sich zu keiner solchen Absonderung hinaufgeschwungen hatte, unter dem allgemeinen Prädicat der Facultät stehen ließ.

Mehrere Eintheilungen der Regalien machte der erweiterte Umfang der Hoheit nothwendig, andre that die aufkeimende Schule des Staatsrechts hinzu, und man vergaß über die Lust, ab- und einzutheilen, fast die Quelle selbst, aus der sie flossen, und füllte die leeren Zwischenräume, um einen Zusammenhang zu erhalten, mit dem Kitt der Polizey aus; wodurch natürlich das Uebel entstehen mußte, daß, weil man so wenig über die Eintheilung der Regalien selbst, als über den Umfang jedes einzelnen Hoheitsrechts einverstanden war, für jene Ausfüllungs- und Zusammenhangsmaterie bald mehr bald weniger Raum gelassen wurde [a]).

a) Vergl. Thibaut jurist. Encyclopädie §. 81.

Um die zerstreueten Theile wieder zu sammlen und unter einen gemeinschaftlichen Zusammenhang zu bringen, kam man unbewußt auf die Quelle aller einzelnen Hoheitsrechte zurück, und nahm ein Recht der höchsten Aufsicht (jus supremae inspectionis) an, von dem man mehr in der Anwendung als in der Definition allgemein richtige Begriffe hat. Einige neuere Lehrbücher des Staatsrechts beschreiben es zwar als dasjenige Recht, kraft dessen die Staatsgewalt befugt sey, alles erforschen und einsehen zu können, damit sie dadurch in Stand gesetzt werde, die Staatszwecke zu erreichen und alles zu entfernen, was denselben entgegen strebt: wenn es aber ausgemacht ist, daß der Staat seiner Zwecke wegen vorhanden ist, und daß die in seinen Händen befindlichen gesammten Mittel, dieselben zu erreichen, die Hoheit ausmachen, so kömmt es mir wenigstens so vor, als wenn das jus supremae inspectionis und die Hoheit einerley Sache wären [b]). In der Anwendung treffe ich auch auf keine Gegner, weil man alle Personen und Sachen der höchsten Aufsicht unterwirft,

b) TITTMANN Comm. de ambitu et limit. jur. supremae inspect. §. 1, 2. Lips. 1796.

terwirft, dieß das wahre Kennzeichen der Unterthänigkeit seyn läßt, und diesem Rechte eine Anwendung gestattet, bey der es nicht immer nothwendig ist, daß der Staat, ehe er sich zu einer Handlung bestimmt, vorher sich etwas vorlegen oder eröffnen läßt, damit er hinein sehe. Prosopopöirt man den Staat, so bedarf er, um zweckmässig zu handeln, aller fünf Sinne; er muß auch hören und fühlen, und durch das Gesicht kann er wahrnehmen, ohne daß ihm geradezu etwas unter die Augen gelegt werden müßte. Allerdings gibt es einige Gegenstände, bey welchen er eine genauere Einsicht in ihre Verfassung und Verhandlungen verlangen kann, und man ist berechtigt diesem Staatsverlangen, gleich andern Hoheitsrechten, eine besondere Benennung beyzulegen, ich würde es dann aber, um es von dem Rechte der höchsten Aufsicht zu unterscheiden, das Recht der Einsicht (jus inspiciendi) nennen c).

Der Staat ist, wie jede andre Gesellschaft, eine factische und keine von vornher spekula-

c) Dasselbe ist auch gegen den gerügten Begriff vom Hrn. BIENER in der D. de suprema Princ. inspect. in silvas §. 1. not. 1. sehr treffend bemerkt worden.

tive Sache, daher kömmt es mir sonderbar vor, durch blosses Raisonniren über die Zwecke desselben gebieten zu wollen, und zu behaupten — daß die Menschen blos zur Erhaltung ihrer vollkommenen Rechte in denselben getreten wären. Allerdings ist dieß der erste und vorzüglichste Staatszweck, und aus ihm entspringt als unmittelbare Folge die Staatsgerichtsbarkeit: allein schon das hülflose Kind in der Wiege schreit um Vorsorge über seine Erhaltung und Erziehung, und es leidet wohl keinen Zweifel, daß seine nicht mehr vorhandenen Eltern und Ureltern in dem Staate zu leben glaubten, damit sie dieser Hülfe für ihre Nachkommen, wenn diese derselben bedürften, versichert seyn könnten. Oder ist dieses auch ein vollkommenes Recht? dann verlangt man es ja als ein solches vom Staate, und es ist, wie vieles, worüber man in unsern Tagen ganz neue Aufschlüsse gegeben zu haben vermeinet hat, nur ein sonderbarer Wortstreit, da alles, was vom Staate als vollkommenes Recht gefordert werden kann, nothwendig in seinen Zwecken liegen muß. Man wird gerne zugeben, daß die Vervollkommnung der Lage der Unterthanen in moralischer und physischer Hinsicht

nur

nur dann erst mit Erfolg besorgt werden könne, wenn jener erste Zweck schon erreicht ist; dieses Nachstehen schließt aber den Begriff nicht aus, daß auch sie mit zu den Zwecken des Staats, und so zu den vollkommenen Pflichten gehöre, welche die Staatsbürger von demselben heischen können.

Es lag in der Natur, daß bey den Staaten in ihrer Kindheit zuvörderst auf den ersten Zweck derselben Bedacht genommen werden mußte, daher die Bestimmung über die Unverletzlichkeit der Personen und deren Eigenthums, und die Vollziehung der dieses bezweckenden Gesetze, mit einem Worte, die Gerechtigkeitspflege. In Deutschland war in ältern Zeiten die Gesetzgebung, da dieses Reich durch Territorialverschiedenheit und durch die Mannigfaltigkeit der Stände auch noch jetzt so schwer zur Ausübung dieses Hoheitsrechts zu vermögen ist, fast unbekannt, und man richtete sich theils nach Gewohnheiten, theils nach der Vernunft. Dieses hatte wieder die Folge, daß die Gerichtsbarkeit auch nur auf eine genossenschaftliche Weise von solchen, welche die Gewohnheiten und das Herkommen kannten, geübt werden konnte. In dieser Lage waren die fremden Rechte

te willkommen, in welchen so wohl für die bürgerliche als peinliche Gesetzgebung gesorgt war: durch sie war auf einmal einem Haupterfordernisse der Aristotelischen Politiae abgeholfen, um die übrigen Postulate derselben bekümmerte man sich nicht, sondern ließ jeden für sein eigenes Beste sorgen. Justitz war also bestimmt vorhanden, ehe noch an die weitere Eintheilung der übrigen Regierungsrechte gedacht wurde, die man unter den alten Ausdruck, Politia, faßte. Dahin ist man größten Theils in den neuern Zeiten wieder zurückgekommen, indem man eine Menge vereinzelter und benannter Hoheitsrechte unter einige Hauptgegenstände der Polizeygewalt zusammenstellt, und eine Bevölkerungs- Handlungs- Handwerks-Polizey u. s. w. annimmt. Thut man dieß, wie ich glaube, mit dem besten Fuge, so kann man neben dieser Landespolizey nicht die Existenz eines besondern und speciellen Polizeyrechts behaupten, und es dahin bestimmen, daß es in der Sorgfalt der höchsten Gewalt bestehe, künftige gemeinschädliche Uebel im Innern des Staats zu verhüten und abzuwenden [d]).

Es

d) Es nimmt mich Wunder, daß nach einer so weit-

Es wird also hauptsächlich darauf ankommen, begreiflich zu machen, daß heutzutage kein besonderes Polizeyrecht, oder kein specielles Hoheitsrecht unter dem Nahmen *jus politiae* angenommen werden sollte; dann wird es sich von selbst ergeben, warum man bisher umsonst bemüht gewesen ist, einen völlig unterscheidenden Begriff dieses Rechts von andern Regierungsrechten aufzustellen, und worauf es eigentlich bey der Untersuchung, ob ein Gegenstand für eine Justiz- oder Polizeysache zu halten sey, ankömmt.

Das Recht der höchsten Aufsicht ist, nach dem von demselben schon angeführten Begriff, völlig genügend, um durch dasselbe die Staatsobliegenheit — das gemeine Beste zu befördern und das Gemeinschädliche zu verscheuchen — anzudeuten. Aus ihr fließt so gut die Gerechtigkeitspflege als jedes andre Hoheitsrecht, und die Gesetze, die das bürgerliche und peinliche Rechtsverhältniß bestimmen,

men,

weitläuftigen Erörterung über diesen Gegenstand Hr. v. Berg im 1. Th. des Polizeyrechts S. 12. kein andres Resultat als diesen verlebten Begriff entdeckt hat.

men, sind so gut vorhanden, künftige Uebel zu verhüten, als die Gesetze, welche die Gesundheit der Luft, oder die Reinigkeiten der Straßen bezwecken: ist durch die Nichtbefolgung der letztern schon ein Uebel entstanden, so sorgt der Staat durch geschickte Aerzte u. dergl. so gut für die Wegschaffung desselben, wie er bey Verletzung bürgerlicher Gesetze durch geschickte Richter für die Abhelfung eines vorhandenen Unrechts Sorge tragen muß. Wenn man, wie in dem Pütterschen Lehrbuche geschehen ist, das jus supremae inspectionis zu einem bloßen jure inspiciendi, und das jus arcendi mala futura, oder das jus politiae, zu einem eigenen Hoheitsrechte macht, warum thut man dieß nicht auch bey dem jure promovendi salutem publicam, da dieß doch eine so wichtige Obliegenheit der Staatsgewalt ist, die nach dem Pütterschen System weder in dem jure supremae inspectionis, noch in dem jure politiae enthalten seyn soll. Ich finde zwar in jenem Lehrbuche (L. 8. cap. 1.) eine Rubrik, de jure promovendi salutem publicam, sigillatim de jure circa commercia, vias publicas e. c., allein in der Materie selbst kömmt nichts davon vor, und

sie

sie steht blos da, um eine Menge einzelner Regalien unter einen bestimmteren Gesichtspunct zusammenzufassen.

So wie das jus promovendi salutem publicam sich gewiß nicht unter einen Begriff bringen lassen würde, der dieß Recht als ein besonderes Regierungsrecht von allen übrigen Hoheitsrechten, die als Mittel zu diesem Zweck zu betrachten sind, unterscheiden würde, gleich wenig läßt sich aus demselben Grunde ein jus arcendi mala futura von denjenigen Hoheitsrechten mit scharf bestimmten Grenzen absondern, die nothwendig als Mittel zu diesem Zweck angesehen werden müssen. Und wie viele sind deren nicht! Selbst das jus belli kann unter Umständen gebraucht werden, künftige Uebel zu vermeiden. Hieraus ergibt sich die Fruchtlosigkeit des Bemühens, für das jus politiae, als jus avertendi mala futura genommen, von den übrigen Hoheitsrechten unterscheidende Grenzbestimmungen machen zu wollen. Man hat aber auch schon längst an diesem Begriffe von dem jure politiae auszusetzen gehabt, daß er zu enge sey, weil er eine Menge Gegenstände nicht umfaßt, die doch von jeher unter der Polizey begriffen gewesen sind, und auf welche

che die Absicht, künftige Uebel abzuwenden, ohne die gewaltsamste Verrenkung als Hauptzweck nicht erstreckt werden kann, wie z. B. auf die Beförderung des Handels, auf das Handwerkswesen und dergleichen: daher ist zu der angeführten Definition vom jure politiae der Zusatz gemacht worden: daß dieß Recht auch auf Verbesserung des Zustandes der Unterthanen Beziehung habe *). Weil man dann auf die Staatszwecke selbst zurück kömmt, so kann man von dem Aristotelischen Begriff von der Politia Gebrauch machen, und, mit Weglassung dieses Rechts als eines besondern Hoheitsrechts, alle diejenigen Gegenstände unter die hohe Landespolizey stellen, die nicht von den ältesten Zeiten her für besondere Hoheitsrechte galten, wie die Gerichtsbarkeit, oder späterhin für solche gehalten wurden, weil der Gegenstand derselben einen bestimmten Umfang hat, wie die Militair- und Finanzgewalt.

Der Vortheil hieraus ist augenscheinlich, weil die Anordnung und Uebersicht des Ganzen auf eine der Natur der Sache angemessene Art erleichtert und gebessert wird, und man nicht nöthig hat, eine Menge Rechte unter Rubri-

*) Leist Lehrbuch des t. Staatsrechts, §. 152.

Rubriken zu bringen, die ohne Zusammenhang da stehen, und nicht gemacht seyn würden, wenn man dabey nicht die Absicht gehabt hätte, diese Rechte als unleugbare Ausflüsse der Polizey im weitern Sinn von dem aufgestellten engern Begriffe vom Polizeyrecht abzusondern f).

Noch eine wichtigere Folge hat dieß auf die Untersuchung: ob etwas eine Polizey- oder Justitzsache sey? Diese findet aus dem Grunde statt, weil bey Justitzsachen ein processualisches Verfahren und die gewöhnlichen Rechtsmittel mit ihrer vollen Wirkung zugelassen werden, hingegen bey Polizeysachen durch die zu ihrer Untersuchung angeordnete Behörde summarisch verfahren und keine Berufung an eine höhere Justitzstelle, wenigstens nicht mit aufhaltender Kraft, für zulässig gehalten wird. Zu einer Justitzsache gehört ein Subject, welches aus den Gesetzen ein vollkommenes Recht vor einem competenten

f) z. B. de reliquis nonnullis juribus (circa condendas academias, circa urbes, tribus, nundinas, jus stapulae, rem librariam, veniam aetatis e. c.) in quibus de jure Caesareo vel territoriali quaeritur.

ten Richter in Anspruch nehmen kann, und eine wenigstens angebliche Verletzung dieses Rechts. So lange die Gesetzgebung in Deutschland noch unthätig war, beschränkten sich die Justitzgegenstände bloß auf das im fremden Rechte und in den Gewohnheiten enthaltene peinliche und bürgerliche Recht: als aber seit dem sechszehnten Jahrhundert die Gesetzgebung wenigstens in den deutschen Territorien regsam wurde, so äusserte sie sich vorzüglich auf solche Gegenstände, die mehr das allgemeine Beste bezweckten, als die Unverletzlichkeit der Personen und des Eigenthums der Unterthanen, und da aus den mehrsten dieser Bestimmungen für die einzelnen Staatsbürger nicht unmittelbar Zwangsrechte gegen andre erwuchsen, mithin aus denselben kein Rechtsanspruch processualisch verfolgt werden konnte, andre hingegen so geartet waren, daß durch sie den Einzelnen ein vollkommenes Recht erworben wurde, dem im ordentlichen Rechtsgange nachgesetzt werden konnte, so entstand natürlich öfters Zweifel: ob etwas justitzmäßig genommen werden müsse, oder ob der Staat, bey Uebertretungen seiner Gesetze, selbst als zunächst interessirter Theil für die Aufrechthaltung derselben sorgen müsse?

Sind

Sind es Gegenstände der letztern Art, so heissen sie Regierungs- oder Polizeysachen, wenn Polizey im weitern Sinn genommen wird, und sind nicht schwer von privatrechtlichen Gegenständen, die ein bestimmtes processualisches Verfahren erfordern, zu unterscheiden, wenn vorausgesetzt werden kann, daß die Verfügung der Regierung an sich gerecht ist, und weder das vollkommene Recht der Staatsbürger im Allgemeinen, noch an Einzelnen verletzt. Denn wenn dieser Umstand erst in Frage gezogen wird, oder werden kann, läßt es sich nicht bezweifeln, daß derselbe, da von der Entziehung oder Schmälerung eines vollkommenen Rechts die Rede ist, processualisch behandelt werden müsse, weil es nicht darauf ankömmt, wer der Beeinträchtiger ist, sondern nur darauf, daß es auf dem ordentlichen Wege verfolgt werden kann.

Ist ein solches Gesetz diesem Zweifel nicht unterworfen, dann folgt von selbst, daß, weil kein Individuum auftreten, und über eine Verletzung eines durch das Gesetz erlangten vollkommenen Rechts klagen kann, auch keine eigentliche Justitzsache vorhanden seyn könne. Hier ist nur der Staat derjenige, der wegen der Uebertretung des von ihm gegebe-

nen, und das allgemeine Beste bezweckenden Gesetzes klagen und deshalb Ahndung verlangen kann, mithin ist es die Sache der Regierung, welche auf dem kürzesten Wege untersucht und nach Befinden bestraft werden muß. Um dieß durch Beyspiele zu erläutern, nehme ich an, daß in einer Jagdordnung — die, weil sie nicht zur Hauptabsicht hat, privatrechtliche Verhältnisse der Unterthanen gegen einander zu bestimmen, sondern Verordnungen enthält, die unmittelbar das gemeine Beste bezielen, unstreitig zu den Polizeygesetzen gerechnet werden muß — die Jagdfolge unter gewissen Bestimmungen gestattet, und eine Schonzeit des Wildes verordnet worden wäre; dann würde in Betreff des erstern Gegenstandes jeder Jagdberechtigte aus derselben ein vollkommenes Recht erhalten haben, die Jagdfolge unter den gesetzlichen Bestimmungen auf den benachbarten Jagdrevieren ausüben zu können, und würde, wenn ihn der Nachbar hierin störte, gegen denselben im Wege Rechtens dasselbe verfolgen können: überschritte jemand aber die in Absicht der Schonzeit gemachte Vorschrift, dann würde nicht der benachbarte Jagdbesitzer, welcher keine Rechtsverletzung erlitten hat, sondern

nur

nur der Staat auftreten können, üm die Uebertretung seines Gesetzes ahnden zu lassen.

Weil in peinlichen Sachen der Proceß in Deutschland ein Untersuchungsproceß geworden ist, so scheint der Unterschied zwischen Criminal- und Polizeysachen grösseren Schwierigkeiten unterworfen zu seyn; er ist aber weniger ungewiß als die Grenzlinie zwischen peinlichen und bürgerlichen Rechtsgegenständen. Das peinliche Recht haben einige zu einem Zweige des Staatsrechts machen wollen, allein aus den Gründen, die für diese Behauptung angeführt werden können, läßt sich auch das bürgerliche Recht zum Staatsrecht zählen, weil die Quelle, aus welcher dieses fließt, dieselbe ist, aus welcher das peinliche Recht entspringt: wer wollte aber wohl alle und jede Gesetze zum Staatsrechte rechnen, weil zu diesem das Gesetzgebungsrecht gehört? Verletzungen an der Person (es sey dieß eine einfache oder moralische), oder an dem dieser zustehenden Eigenthum (letzteres in seinem ganzen Umfange genommen), die durch Gesetze verboten, und mit einer die Personen, oder deren Eigenthum angreifenden Strafe bedroht sind, gehören nach dem römischen Rechte, dessen Eintheilung man

befolgte, unter die Kategorie von Verbrechen (delicta, crimina), die, je nachdem sie entweder jeder anklagen konnte, oder nur der Beschädigte, und, je nachdem sie durch besondere Gesetze mit bestimmten Strafen belegt waren, oder nicht, delicta publica und privata, ordinaria oder extraordinaria hießen. Sie alle wurden im römischen Rechte anklagsweise verfolgt. Wenn aber in privatrechtlichen Verhältnissen und Geschäften jemand den andern um das Seinige gebracht, oder einen Schaden zugefügt hatte, dann fiel der Begriff von delictum weg, und es fand eine bürgerliche, dem Verletzten allein zuständige, Klage auf den Schadensersatz statt, die entweder das dem Geschäfte eigene Rechtsmittel war, oder, in Ermangelung eines solchen, eine allgemeine, den Schadensersatz beabzweckende Klage, wie die de dolo, oder in factum und dergleichen.

In Deutschland behielt man diese Eintheilung bey, und es läßt sich von vornher noch jetzt keine andre Bestimmung dieser einmal angenommenen Begriffe machen, wenn gleich des allgemein eingeführten Untersuchungsprocesses wegen der Unterschied zwischen öffentlichen und Privatverbrechen sammt seiner Folge

— der zum Besten des Anklägers verordneten Verurtheilung in triplum und duplum — von selbst wegfallen muß. Was demnach das römische Recht, und die diesem peinlich folgende peinliche Gerichtsordnung K. Karls V. für criminell oder peinlich erklären, gehört noch jetzt für die peinliche Gerichtsbarkeit, ohne Unterschied zwischen eigentlichen Verbrechen und Polizeyvergehungen. Dieser Unterschied läßt sich aber in Absicht aller Strafgesetze, die seit den peinlichen Gerichtsordnungen des sechszehnten Jahrhunderts gegeben sind, mit den triftigsten Gründen machen. Die Strafe ahndet entweder die Verletzung eines vollkommenen Rechts der Unterthanen, oder sie ist auf die Uebertretung eines zum gemeinen Besten gegebenen Gebots verordnet, wo kein einzelnes Staatsmitglied ein Recht verfolgen, sondern nur der Staat als Ankläger auftreten kann; im ersten Falle ist ein eigentliches Criminalgesetz vorhanden, im letztern ein Criminalpolizeygesetz.

Hieraus läßt sich in solchen Ländern, in welchen neben der gewöhnlichen Criminalverfassung von der Hoheit Fiscäle angesetzt sind, deren Wirkungskreis in Rücksicht auf die peinliche Gerichtsbarkeit ziemlich genau be-

stimmen. Der Criminalgerichtsbarkeit gebührt dann ausschließlich die Untersuchung und Bestrafung alles dessen, was das fremde Recht und die peinliche Gerichtsordnung als delictum anerkennt, imgleichen auch desjenigen, was in den spätern Landesgesetzen ein Gegenstand des eigentlichen Criminalrechts ist; den Fiscälen hingegen bleibt ausschließlich zur Anklage alles, was nach Strafpolizeygesetzen geahndet werden muß.

Ist das Staatspolizeyrecht kein specielles und sich von andern einzeln aufgestellten Regierungsrechten unterscheidendes Hoheitsrecht, so fällt es wohl von selbst in die Augen, daß die Eintheilung in hohe und niedere Polizey eine andere als die gewöhnliche Ansicht erhalten müsse. Allein ein Staat kann Polizeyrecht üben, sey es auch nur eine Stadtrepublik, wie die Griechischen waren, woher der Nahme Politia genommen ist: von der Hoheit unterworfenen Communen läßt sich daher nicht behaupten, daß ihnen ein Polizeyrecht zustehe, wenn ihnen dasselbe nicht von der Staatsgewalt in einem gewissen Maße überlassen worden ist, und dann ist es auch hier kein für sich bestehendes Recht, sondern nur eine Folge derjenigen Hoheitsrechte, die eine

Com-

Commüne, oder subordinirtes Territorium an sich gebracht hat, und seine Wirkung richtet sich nach der Kraft der zuständigen Regalien, und darf über diese hinaus nicht unter dem Deckmantel dunkler und unrichtiger Begriffe von einem besonders existiren sollenden jure politiae auf nicht zuständige Hoheitsrechte ausgedehnt werden.

Alle im Staate befindlichen Commünen erfreuen sich durch die ihnen von demselben ertheilte Bestätigung aller Rechte, die nothwendig zur Erreichung ihrer Zwecke und zur Verhinderung dessen, was denselben entgegen ist, erforderlich sind. Da diese Berechtigung in dem Begriffe aller und jeder Genossenschaften liegt, und nur die Verschiedenheit der Zwecke der Gemeinheiten sie von einander unterscheidet, so folgt, daß auch die der Staatshoheit unterworfenen Commünen dieses Recht mit dem Staate aus einerley Grunde besitzen. Bey dem Staate, der seinen Zwecken nach von allen andern Genossenschaften verschieden ist, heißt es das Recht der höchsten Aussicht, nach Aristoteles Politia, und enthält in sich alle Hoheitsrechte: bey den landsässigen Gemeinheiten richtet es sich nach deren Zwecken, und ist bey einer Stadt aus

derselben Ursache vorhanden, wie bey einer in derselben befindlichen Gilde. Weil die unterthänigen Genossenschaften Theile des Ganzen sind, so leuchtet von selbst ein, a) daß sie kein Recht in Anspruch nehmen dürfen, welches allein der Hoheit gebührt; b) daß sie mit ihrer Existenz, die von der Bestätigung des Staats herrührt, zugleich dieses in ihrem Wesen liegende Recht erhalten, und daß eine besondere Erweisung desselben nicht gefordert werden könne; daß es aber, c) da es von der Staatshoheit seinem Umfange nach ganz verschieden ist, eigentlich den Nahmen, Polizey, nicht verdiene, der jedoch, wenn er mit dem Zusatze: niedere Polizey, versehen wird, um so eher beybehalten werden kann, weil er die gemeinsame Quelle dieses Rechts angibt, und zugleich den durch die Zwecke der Genossenschaft ganz verschiedenen Wirkungskreis bezeichnet [g]).

Um jetzt die Grenzen zwischen der hohen oder Landespolizey und der niedern Polizey irgend

g) Der Sprachgebrauch gibt zwar nur den in Rücksicht auf den Staat unmittelbaren Communen die niedere Polizey; paßt aber der Ausdruck auf diese, so läßt er sich auch rechtfertigen in Absicht der mittelbaren Genossenschaften, z. B. der Zünfte.

irgend einer im Staate befindlichen Genossenschaft zu ziehen, kömmt es allein darauf an, die Zwecke der letztern richtig zu bestimmen, und in Betracht zu nehmen, daß sich ihre auf diese Zwecke gerichtete Wirkung nicht über den Umfang derselben hinaus erstrecken könne. Zu den Zwecken aller im Staate vorhandenen Genossenschaften gehört die Gerichtsbarkeit über die Mitglieder derselben keineswegs, sondern dieses ist ein Recht, welches dem Zwecke nach dem Staate allein gebührt. Es kann zwar eine, oder die andre, landsässige Commüne dieses Recht erworben haben, oder nach der besondern Verfassung eines Landes, wie z. B. des Deutschen, kann es möglich seyn, daß dessen ältere Einrichtung die Gelegenheit gewesen ist, daß viele Dorfbesitzer dieses Recht hergebracht haben, ohne daß hierzu eine ausdrückliche Verleihung des Staats erforderlich war: dann ist eine solche Berechtigung etwas Zufälliges, und kann ohne die größte Inconsequenz nicht zum Stamm gemacht werden, auf welchen das wesentliche Recht einer Genossenschaft — ihre Zwecke zu erreichen, und dasjenige zu entfernen, was denselben entgegen ist, — aufgepfropft werden könnte. Ganz natürlich ist es vielmehr,

daß

daß das zufällige Recht sich dem Hauptrechte anschließen muß, und dann gebührt demjenigen, welcher die niedere Polizey entweder Nahmens der Genossenschaft, oder aus eigenem Rechte übt, auch diese zufällige Gerechtsame. In den Städten ist demnach der Magistrat dasjenige Collegium, dem neben dem Stadtdirectorium, oder der Verwaltung der der Stadt zuständigen Befugnisse, auch die Ausübung dieses Rechts zukömmt, und in den Dörfern ist der Herr derselben derjenige, dem diese Gerechtsame, so wie die Leitung des Ganzen, aus dem ursprünglichen Eigenthum zusteht.

Nur auf die Communen selbst und auf dasjenige, was im strengsten Sinne als eine nothwendige Folge der auf ihre Zwecke gerichteten genossenschaftlichen Berechtigung betrachtet werden muß, darf sich das mit ihrem Daseyn verbundene niedere Polizeyrecht erstrecken. Jede derselben, sie sey ihren Zwecken nach wichtig, oder weniger wichtig, äussert sich mehr oder weniger auf das Ganze: hieraus folgt, daß die Grenzbestimmung, die man zwischen Gegenständen der hohen und der niedern Polizey nach ihren Wirkungen auf das Ganze hat machen wollen, durchaus

kein

kein hinlänglich unterscheidendes Merkmal darbieten könne. Eine Stadt ist eine Commüne, deren Berechtigung darinn besteht, daß sie unter eigener niederer Polizey, welche ihr Stadtmagistrat übt, alle Zweige der bürgerlichen Nahrung treiben darf. In diesem Begriffe liegt schon, daß nur in den Städten ausschließlich bürgerliche Nahrung Statt finden kann, und daraus folgt wiederum von selbst, daß, da das platte Land seine von dem bürgerlichen Betriebe abhängenden Bedürfnisse aus den Städten nehmen muß, sich dieses Recht sehr merklich auf das Ganze äussere. Zunächst muß also das gemeine Beste der Stadt, vorzüglich in Betreff der bürgerlichen Nahrung in allen ihren Zweigen, von der magistratischen Behörde abhängen, und die Landeshoheit ist nur berechtigt, je wichtiger die Bethätigung dieser Obsorge für das Allgemeine ist, desto strenger über sie die höchste Aufsicht walten zu lassen, und den Magistrat wegen der Ausübung seiner Befugniß zur Rechenschaft zu ziehen.

So wie die Ertheilung der Stadtgerechtigkeit von jeher in Deutschland zuerst ein königliches, nach entstandener Landeshoheit aber ein landesherrliches Recht gewesen ist, und

zwar

zwar aus dem Grunde, weil durch die Stadtberechtigung die natürliche Freiheit aller andern Landesbewohner geschmälert wurde, mithin die Zugestehung derselben in dem der Hoheit allein gebührenden Privilegienrechte enthalten war; eben so hing aus derselben Ursache alle weitere Beschränkung, des aus der Stadtberechtigung für alle Bürger derselben fliessenden Betriebes der bürgerlichen Nahrung von jeher nicht von den Stadtmagistraten ab, sondern von der Hoheit [h]). Hieraus, und

h) Im zwölften Jahrhundert, als in Deutschland Sicherheit und Recht nur durch Confoederationen geschafft werden konnten, bildeten sich in den bedeutendsten Städten, die fast alle bischöfliche Residenzen waren, unter den Bürgern Gilden, auf die man wahrscheinlich bey ihrem Entstehen wenig aufmerksam war: als sie aber anfingen ihren Wirkungskreis ausserhalb den Stadtmauern zu erstrecken, und das Einbringen fremder Fabrikate in die Stadt zu verwehren, ja gar auf dem platten Lande keine bürgerliche Nahrung dulden zu wollen, bedurften sie zu dieser Berechtigung kaiserlicher oder landesherrlicher Gestattung. So privilegirte Erzb. Wichmann von Magdeburg die Schustergilde in der Stadt Magdeburg: ut alienigenae opus suum operatum ad forum non deferant, nisi cum omnium eorum voluntate, qui juri illo, quod INNINGE appellatur, participes existant, und die Gilde ent-

und nicht aus dem unzureichenden Grunde, weil sich dieser Gegenstand auf das Ganze vor-

entrichtete für diese Begnadigung dem Erzstifte jährlich duo talenta, LVDEWIG Rel. Msc. T. 2. p. 389. Ein ähnliches Privilegium desselben Erzbischofs für eine Futter-Innung in der Stadt Halle, vom Jahr 1261, s. in LVDEWIG Diss. de opifice exule in pagis in App. n. 3.

Es war natürlich, daß die Gilden einer Stadt in einen allgemeinen Zusammenhang traten, und jede schickte den Witzigsten aus ihrem Mittel in ein Collegium, das die gemeinsamen Bürgerrechte verwaltete, und welches, da die Städte mächtiger wurden und mit einander in Verbindung traten, die Vögte und Schultheissen, besonders der geistlichen Landesherren, dergestalt drängte und zu beschränken suchte, daß das Reichsoberhaupt den Landesherren durch Reichsgesetze (Pfalzgesetze) zu Hülfe kommen, und diese Verbindung im Ganzen so wie im Einzelnen aufheben und verbieten mußte. Der römische König Heinrich, der Sohn K. Friedrichs II., verordnete im Jahr 1231. mit Zustimmung der Principum und Procerum sacri Palatii: quod nulla Civitas, nullum oppidum Communiones, Constitutiones, Colligationes, Confoederationes vel Conjurationes aliquas, quocunque nomine censeantur, facere possent, eas penitus abjudicantes, et quod Nos *sine Domini sui assensu*, civitatibus seu oppidis — autoritatem faciendi communiones, constitutiones e. c. eisdem non poteramus nec debebamus imper-

vorzüglich äusserte, ergibt sich, warum die Ertheilung der Zunftgerechtigkeiten, die Berechtigung Druckereyen, Apotheken, Branntweinsbrennereyen, Gasthöfe und dergleichen anlegen zu dürfen, für keinen Ausfluß der niedern Polizey gehalten werden könne, wenn gleich die nächste oder örtliche Aufsicht über diese einmal vorhandenen, zur städtischen Nah-

pertiri: et quod dominis civitatum et oppidorum sine nostrae Majestatis assensu similia in suis civitatibus facere non licebat, e. c. und der kaiserliche Vater wiederholte dieses Gesetz 1332. Ungeachtet die Aechtheit beyder Gesetze, welche am richtigsten von SCHANNAT in dem cod. dipl. Histor. Wormat. p. 109, 110. geliefert sind, keinem gegründeten Zweifel unterworfen ist KRESS Vindiciae judicii recuperatorii S. 25. u. f., so konnten sie dennoch nicht verhindern, daß aus dem Collegio der Witzigsten, sich nach dem Vorbilde der Italischen Städte die Collegien der Bürgermeister und Senatoren bildeten KRESS a. a. O. S. 22, 23., wohl aber beweisen sie, daß Gilden und andre Beschränkungen der gemeinen Freiheit in den Städten allein von den Landesherren ertheilt werden können. Von diesen erhielt Braunschweig im J. 1240. das Privilegium, Gilden und Innungen einzurichten, und Hannover im J. 1241. in seinem Stadtrecht die Erlaubniß, Handwerksmeister anzustellen, s. Gesenius Meyerrecht, 1. Band. S. 333.

Nahrung überhaupt gehörenden Gegenstände den Stadtmagistraten nicht bezweifelt werden mag.

Man spricht zwar von der Autonomie, welche im Mittelalter den landsässigen Städten zugestanden haben soll, ich kann mich aber von einer solchen nicht überzeugen, denn die mehrsten erhielten bey der Stadtberechtigung die Erlaubniß, sich ein eigenes Stadtrecht zu entwerfen, oder, welches noch häufiger geschah, ein fremdes, ihnen beliebiges sich zu eigen zu machen; andere wurden auf ihre Anträge späterhin mit fremdem Stadtrechte bewidmet. Ueberall waren die Städte gleich bey ihrem Entstehen solche für den Staat wichtige Gegenstände, daß er sich sogleich, so wohl um das eigentliche Verfassungsrecht derselben, als um ihr Privatrecht, bekümmerte, und keines von beyden einer eigenmächtigen Bestimmung überließ, wenn es gleich eben so gewiß aus dem Begriff einer gebilligten Genossenschaft floß, daß ihnen wider ihren Willen kein besonderes Recht von der Hoheit aufgedrungen werden konnte. Noch weniger kann man jetzt den Städten ein Gesetzgebungsrecht zugestehen, weil durch ein Gesetz nicht blos die lebenden und gegen-

wärtig vorhandenen Mitglieder der Stadt, sondern auch deren Nachkommen und die später einziehenden Bürger verbunden werden.

Demungeachtet meine ich, daß aus dem niedern Polizeyrechte den städtischen Magistraten ein Gebotsrecht beygelegt werden müsse, welches die Hoheit durchaus nicht beeinträchtigt, wenn es sich blos über Gegenstände erstreckt, die im strengsten Sinne zur niedern Polizey gerechnet werden müssen [i]): zu dieser gehört aber weder die peinliche und bürgerliche Gesetzgebung, noch sonst etwas, das zu einem Zweige der Staatsgewalt gerechnet werden muß, wie z. B. das Recht Privilegien zu ertheilen, oder die Befugniß über von der Hoheit privilegirte Gegenstände zu verfügen. Selbst dann, wenn eine Stadt entweder durch ausdrückliche Staatsconcession, oder durch Besitz das jus statuendi hergebracht hat, ist dieses stets so zu erklären, daß durch dasselbe das hoheitliche Gesetzgebungsrecht so wenig als möglich geschmälert werde: im ersten Falle würde daher der Inhalt und die Absicht des Privilegii Auskunft geben müssen, und, wenn sich hieraus nichts

i) Riccius Entwurf von Stadtgesetzen, 2. B. 5. Hauptst. §. 1.

nichts entnehmen läßt, das Privilegium nur auf diejenigen Gegenstände zu beschränken seyn, die schon an sich unter dem Gebotsrechte der niedern Polizey liegen; im letztern Falle aber wird der Staat darauf wachen müssen, daß der Besitzstand strenge befolgt, und nicht ein Eingriff in das Hoheitsrecht nach seinem ganzen Umfange, oder in andre Regierungsrechte, gemacht werde [k]).

Schließlich will ich eine Bemerkung hinzufügen, die, wie es mich dünkt, nicht am unrechten Orte steht. Es gibt viele Gegenstände, die weder im gemeinen Rechte, noch in Landesgesetzen bestimmt sind, und die auch eben so wenig, weil sie durchaus eine positive Festsetzung heischen, aus dem natürlichen Rechte entschieden werden können: wenn über diese Streitigkeiten entstehen, hat man wohl die Frage aufgeworfen: ob sie für Justitzsachen, oder Polizeygegenstände gehalten werden müßten? z. B. wenn unter zwey Staats- oder Hofbeamten, die in der Rangordnung keine ausdrücklich angewiesene Stelle haben, über den Vorzug Streit erwächst, oder wenn über die Grenze zweyer Gewerke gestritten

k) Riccius Entwurf von Stadtgesetzen, 2. B. 3. Hauptst. §. 10.

wird und ihre Zunft- oder Innungsartikel hierüber keine Auskunft geben. Meines Ermessens gehören solche Sachen weder für die Justiz, noch für die Polizey, wie man sich auch dieß letztere Recht immer hat vorstellen mögen: nicht für die erstere, denn sie setzt Gesetze voraus, die für den anfordernden Theil ein vollkommenes Recht begründen, welche aber hier nicht vorhanden sind, und in deren Ermangelung schwerlich jemand zum Hellbachschen jure proedriae, oder zu einem andern oraculo juris Zuflucht nehmen wird: nicht für die letztere, weil kein Gesetz deshalb vorhanden, und auch kein offenbarer Schade, der dem Ganzen drohte, abzuwenden ist. Mithin sind diese Gegenstände solche, die zur Entscheidung an die Landesregierung gebracht werden müssen, und wenn diese gesetzlich hierüber bestimmt, dann gehören die Verfügungen zum Privat- und nicht zum Polizeyrechte, weil durch sie Staatsbürger vollkommene Rechte gewinnen, welche sie gegen andre im Proceßgange verfolgen können.

II.

Ueber die erlöschende Verjährung der gutsherrlichen Bauerndienste; nebst einem Versuche, die Hauptgattungen der deutschen Bauern genauer von einander zu unterscheiden.

Ueber die erlöschende Verjährung der gutsherrlichen Bauerndienste; nebst einem Versuche, die Hauptgattungen der deutschen Bauern genauer von einander zu unterscheiden.

Das Recht der deutschen Bauern ist, dem Gegenstande nach, specielles, in Hinsicht auf die geographische Verbindlichkeit, universelles, und in Betracht der beyden in Deutschland vorhandenen gemeinen Rechte, deutsches in thesi geltendes Recht. Oder, um den Leser bey vorgefaßter Meinung nicht von der Absicht, weiter zu blättern, gleich im Eingange abzuschrecken, mit andern Wor-

ten: wer eine in das Wesen der deutschen Bauern eingreifende Rechtsfrage richtig beantworten will, muß die Natur der Bauern, die sich als ein besonderer Stand der deutschen Staatsbürger in allen Provinzen finden, genau kennen; zuvörderst prüfen, ob diese auf die Entscheidung derselben Einfluß habe; hierauf diesen Einfluß gelten lassen; und nur dann, wenn die eigenthümliche Natur der Bauern so wenig als das besondere positive Recht die Beantwortung an die Hand geben, zu dem als aushülfliches Recht geltenden fremden Rechtskörper seine Zuflucht nehmen. Um diese, wie mich dünkt, gar nicht auffallend sonderbare Behauptung, die ich in der ersten Abhandlung des ersten Hefts, welche das Verhältniß der gemeinen Rechte in Deutschland gegen einander entwickelt, aufgestellt habe [a]), durch ein Beyspiel einleuchtend zu machen, und um zugleich wiederum in einen Hauptzweig des speciellen gemeinen deutschen Rechts mehr Bestimmtheit zu bringen, habe ich die vorliegende Materie gewählt, die überdieß noch d shalb einer genauern Bearbeitung b darf, weil sie, ihrer practischen Wichtigkeit ungeachtet, nur sparsam

a) S. 8. f. S. 38. f.

sam der Gegenstand besonderer Untersuchung gewesen ist.

Zur gründlichen Erörterung der Lehre von der erlöschenden Verjährung der gutsherrlichen Bauerndienste gehört die genaue Erwägung folgender Puncte.

1) Aus welcher Quelle fliessen diese Dienste? Um diesen Aufwurf gehörig bestimmen zu können, ist eine Untersuchung in die Natur des deutschen Bauernstandes durchaus nothwendig, welche mir auch um so nützlicher zu seyn schien, da die Gattungen, unter welche sich die mit vielerley Nahmen versehenen Bauern bringen lassen, in den beliebtesten Lehrbüchern des deutschen Privatrechts, ihrer wesentlichen Verschiedenheit nach, nicht genau genug bezeichnet sind.

2) Von welcher Natur sind die bauerlichen Dienste, und welche Eintheilung derselben hat auf die deutliche Behandlung des vorliegenden Gegenstandes den größten Einfluß? Hier gibt die Eintheilung derselben in positive (affirmative) und in negative den sichersten Leitfaden in die Hand. Unter den erstern verstehe ich solche, denen der Bauer sich nicht entziehen kann und die in Handlungen von seiner Seite bestehen: unter den letz-

tern begreife ich die Verbindlichkeit der Bauern, zum Vortheil des Gutsherrn sich ihrer natürlichen Freiheit bey gewissen Handlungen nicht bedienen zu dürfen.

3) Nach welchen analogischen Gegenständen des fremden Rechts sind diese Dienste in Betreff der erlöschenden Verjährung zu beurtheilen; und welche Rechtssätze sind in der Theorie des römischen Rechts selbst die richtigern?

* * *

Die deutschen Bauern sind heutzutage entweder persönlich freie, oder unfreie: zu den letzten gehören alle diejenigen, welche in Absicht des freien Dispositionsrechts über ihre Person durch die unmittelbare Berechtigung des Gutsherrn an derselben beschränkt sind, sie mögen Leibeigene genannt werden, oder Behörige, Hofhörige und dergleichen; weil diese verschiedenen Benennungen nichts weiter als die Grade der Leibeigenschaft andeuten. Die nichtfreien Bauern zerfallen in zwey Classen, in diejenigen, welche in strenger Leibeigenschaft stehen, und in solche, bey welchen die leibeigenschaftlichen Verhältnisse weniger strenge sind. Zu den ersten gehören die, welche kein Anrecht an ihrem Gehöfte

haben,

haben, sondern von ihrer Leibherrschaft zu jeder Zeit von demselben entsetzt, oder gelegt werden können, ohne daß von dieser verlangt werden darf, sich deshalb vor der Obrigkeit besprechen zu lassen: zu den letzten müssen alle diejenigen gerechnet werden, welche ein Erbrecht an der bäuerlichen Besitzung haben, und dieselbe nicht ohne hinlängliche, dem richterlichen Ermessen unterworfene Ursachen verlieren können. Der Leibeigene aus der letzten Classe kann in Rücksicht auf die Entrichtungen an seinen Gutsherrn härter daran seyn als der Leibeigene von der ersten Classe: diese bald größere bald geringe Belastung der erblich besitzenden Behörigen, die öfters in einem und demselben Lande sehr verschieden ist, begründet zwar eine Verschiedenheit der Lage derselben, gibt jedoch keinen genau bestimmenden Unterschied unter der Leibeigenschaft an die Hand, der aber durch die Hinsicht auf das Anrecht an der bauerlichen Besitzung auffallend genau begründet wird.

Nur dem mit einem erblichen Rechte an seinem Gehöfte versehenen Bauer kann es eine wahre Wohlthat seyn, wenn er frei gelassen wird, denn er ist in Absicht seines Unterhalts

terhalts gesichert, den ihn der Staat gegen jede gutsherrliche Willkühr garantirt, weil er durch das Erbrecht zur wirklichen Staats-Actie, oder zu einem selbst contribuirenden Mitgliede desselben geworden ist: dem Bauer hingegen, dessen bauerliches Daseyn lediglich von der Willkühr des Gutsherrn abhängt, würde es für sich und seine Nachkommen zum größten Nachtheil gereichen, wenn ihm wider seinen Willen die Freiheit aufgedrungen werden könnte. Der Abtrieb vom Gehöfte setzte ihn ausser Brod, das ihm nun der Gutsherr für sich und seine Familie nicht mehr zu reichen braucht, und wenn ihm ja nach den Landesgesetzen der Gutsherr durch die Umwandlung in einen Kathenmann weit kärglicheren Unterhalt, als er sonst als Bauer hatte, verschaffen muß, so ist doch seine ganze Familie dadurch verarmt: da auch nur das Legen eines Dorfs in solchen Ländern, wo der Bauer in dieser Art der Leibeigenschaft sich befindet, in so fern es aus wirklichen Bauern besteht, untersagt ist, so bleibt es in der Willkühr des Gutsherrn von den Kathenleuten nur so viel zu behalten, als ihm, nach dem vortheilhaft befundenen Verminderungssystem, zur Arbeit um Tagelohn durch-

aus

aus unentbehrlich sind. Bey dieser Lage der Bauern läßt sich die Frage: ob es für sie besser seyn würde, wenn sie die Freiheit erhielten? unbedingt mit Nein beantworten, wenn ihnen nicht vorher ein Erbrecht an ihrer Besitzung zugestanden ist, ohne welches sie dadurch für vogelfrei erklärt seyn würden.

Ob in Absicht des Zustandes der auf dem platten Lande wohnenden und den Ackerbau treibenden Menschen in ältern Zeiten im Allgemeinen für Freiheit oder für Behörigkeit zu vermuthen sey? ist eine Streitfrage, die theils wegen der Unbestimmtheit ihres Aufwurfs, theils wegen Mangels an hinlänglichen Nachrichten und deutlichen Ideen der Schriftsteller des Mittelalters, stets nach Belieben beantwortet werden wird. Hört man die Spiegler, so sollte man glauben, daß das Menschengeschlecht so eben aus Noahs Kasten hervorgegangen wäre und alles frei gewesen sey, bis allenfalls ein Knecht oder eine Magd, deren Knechtschaft der Kriegsgewalt, oder einer andern tyrannischen Uebermacht zugeschrieben werden müßte [b]): sieht man aber auf wirkliche, mit Urkunden zu belegende Thatsachen, so wird man gezwun-

b) S. 1. Heft 2. Abh. S. 32.

zwungen, den Zustand der im bauerlichen Verhältnisse gestandenen Menschen im zwölften und dreyzehnten Jahrhundert für leibeigenschaftlich anzunehmen [c]). Den Verfassern der Spiegel kann man darin Glauben beymessen, daß nicht alle auf dem platten Lande wohnenden und sich mit dem Ackerbau beschäftigenden Menschen in den bemerkten Zeiten leibeigen gewesen sind: einige freie Leute standen entweder als Meyer (dieß Wort in seiner Urbedeutung genommen) oder Verwalter fremden großen Gütern vor [d]), andere waren wirkliche Eigenthümer ihrer Besitzun-

c) Dieß kann man für die gemeine Meynung der sachkundigen Rechtsgelehrten halten, s. Repertorium reale pract. juris privati Imp. Germ. voce: Bauern, und eine genaue historische Nachforschung über diesen Gegenstand in den einzelnen deutschen Ländern würde die Richtigkeit derselben erproben. Lobenswürdige Untersuchungen dieser Art haben geliefert Beneke in den Grundsätzen des Meyer-Rechts in den Braunschweigischen Kurlanden 1. Th. Einleitung, und vorzüglich Gesenius im Meyerrechte mit vorzügl. Hinsicht auf den Wolfenbüttelschen Theil der Braunschw. Lande 1. Bandes 2. Th.

d) STRUBEN de jure Villicorum L. 1. c. 1. §. 5.

sitzungen *), auch hatte man, in menschenarmen Gegenden Fremde angesiedelt, welche man nicht nur ihre Freiheit lassen, sondern auch ein festeres Recht einräumen mußte als den zum Hofe gebohrnen Behörigen *). Wenn man aber aus ihren Aeusserungen schliessen wollte, daß die wirklichen Bauern — unter welchen man nur solche Feldarbeiter verstehen kann, die gegen Dienste und Abgaben gutsherrliche Ländereÿ inne hatten — in der Regel nicht behörig gewesen wären, so würde man ausser Acht lassen, daß sie nicht die Absicht

e) Diese kleinen Freien fanden sich häufiger in dem südlichen Deutschlande als in dem nördlichen, und sie nennt das Schwäb. Landr. Cap. 49. der Senk. Ausg. freie Landsassen: von ihnen stammen noch gegenwärtig die Freigüter her, deren Besitzer zwar Landes- aber keine gutsherrlichen Lasten tragen. Jerener von den Freygütern 3. Absch.

*) Die angebohrnen Leute saßen auf dem Gehöft nach Willkühr der Gutsherren (Zinsbauern), und weil dieß der gewöhnliche Zustand der Bauern war, so hält es das Sächs. Landr. 3. B. Art. 79. für nöthig, bemerklich zu machen, daß es auch unter diesen Umständen erbliche Zinsbauern geben könne: der mansus, welchen ein freier Bauer besaß, hieß ingenuilis, und der, den ein Behöriger inne hatte, servilis, Jerener a. a. O. S. 20, 21.

Absicht hatten, den Zustand der Bauern, den sie höchstens nur um sich her kennen konnten, deutlich vor Augen zu legen, sondern zu erklären, wie vielerley freie Menschen es gäbe, wobey sie auch auf das platte Land Rücksicht nahmen. Nach dem Geschmack der damaligen Zeit hielt man eine geschichtliche Angabe für gelehrt, wenn man sie aus der Bibel hernahm, sie an die Tradition von der Schöpfung anknüpfte und bis in die Evangelien des neuen Testaments durchführte: eine Manier, welche die Spiegler bey diesem Gegenstande, wie bey mehreren andern, befolgten, und die gewiß nicht geeignet ist, durch sie die eigentliche Lage der Sache kennen zu lernen.

Man kann und muß daher annehmen, daß die wirklichen Bauern, die unter den Nahmen servi, mancipia, liti, litones, lati, homines, in den Urkunden und den Schriftstellern des Mittelalters vorkommen [f]), im zehnten und eilften Jahrhundert alle leibeigen und zu den Höfen gehörig gewesen sind, und daß man erst im zwölften Jahrhundert angefangen habe, hin und wieder freien Leuten unter erblichem Rechte bauerliche Ländereyen einzuräu-

f) Gesenius a. a. O. S. 392, 93.

zuräumen, welches anfänglich für etwas sehr auffallendes gehalten wurde. Demungeachtet läßt sich heutzutage hieraus bey weitem dasjenige nicht rechtlich folgern, was einige, besonders in Absicht der Vermuthung für ungemessene Dienstpflicht, haben herleiten wollen, und welches mehrere Gelehrte bewogen hat, sich mit aller Kraft gegen jene geschichtlich erwiesene Thatsache zu erklären und zu behaupten, daß in keiner Periode der Zustand der Bauern allgemein in der Behörigkeit bestanden hätte. Seit dem zwölften Jahrhundert gelangten viele Bauern aus Gründen, die öfters wiederholt worden sind [g]), zur persönlichen Freiheit, und andere waren, wie schon angeführt ist, freie Angesiedelte auf bauerlicher Länderey. Hierdurch sah auch der behörige Bauer eine Möglichkeit für sich eröfnet, seine Lage zu verbessern, und er strebte von nun an, sich ein Erbrecht an der besitzenden Leihe zu erwerben,

g) Ich will hier nur zwey Schriften anführen, in welchen die Gründe hiervon am besten entwickelt sind. SEIP D. de statu rusticorum ex medii aevi rationibus caute dijudicando, Gött. 1749. Gesenius a. a. O. S. 328. u. f. und 344.

ben, zu dessen Erlangung, nebst andern Ursachen, die Aufnahme der fremden Rechte; die Universitäten, welche diese lehrten und nach denselben richteten; und vorzüglich das landesherrliche Interesse bey den aufkommenden Steuern das Mehrste beytrugen [h]). In einigen Ländern glückte es den Bauern sogar, daß, nach erlangter Freiheit, durch die römisch-rechtliche Vermuthung des Eigenthums für den Besitzer die Erbleihe in ein volles Eigenthum umgeschaffen, oder doch wenigstens durch den Nahmen Lehn, den sie gemeinschaftlich mit der Ritterleihe (feudum) führte, in ein dominium utile, welches man für den Vasallen aus dem fremden Rechte entlehnt hatte, verwandelt wurde.

Ueberall, wohin man in Deutschland seinen Blick auf diesen Gegenstand richtet, wird man jetzt nur selten so grundlose Bauern finden, daß sich von ihnen behaupten liesse, der Besitz ihrer Bauernländerey bestehe blos in einer Zeitpacht: denn wenn diese auch für den Bauer auf die Contractszeit noch so vortheil-

h) Eine sehr gute und mit diplomatischem Beweise ausgestattete Entwickelung dieses Ereignisses s. in Gesenius a. a. O. 1. Bandes 2ter Theil.

theilhaft ist, so ist er dadurch doch in der Lage für seine Nachkommen auf keinen gewissen Unterhalt rechnen zu können, und da in seinem Rechte eben so gut ein Ausländer stehen könnte, so wird er einem Zugvogel ähnlich, der nur eine zeitlang in einer Gegend seinen Unterhalt findet, und der Staat ist dadurch in dem übeln Verhältnisse, nicht mit Gewißheit auf eine Bevölkerungszahl rechnen zu können [i]). Gewöhnlich ist es eine Erbleihe (Colonat), welche der freie, oder behörige Bauer unter verschiederley Nahmen, die von einigen nicht wesentlichen Rechtsverhältnissen entlehnt sind, besitzt; ja, in einigen Gegenden ist der Bauer voller oder minder-

i) Selbst in den Wendischen Ländern, wo der Bauer kein wahres Erbrecht an der Leihe hat, besitzt er doch sein Gehöft in der Hofnung, dasselbe für seine Nachkommen zu erhalten, wenn er sich contractmässig benimmt, und man nennt ihn, um ihn so wohl von einem Erbleihebesitzer als von einem blossen Zeitpächter zu unterscheiden, einen Wendischen Wirth. Werden die Bauern aus dieser Lage heraus und durch Zeitpacht in eine grundlosere versetzt, so existirt ein Augenblick, in welchem sie keine solche Wirthe mehr sind, und das Gesetz, das die Aufhebung dieser Lage verbietet, muß auch auf diesen Verwandlungsfall erstreckt werden.

dervoller Eigenthümer, und die Dienste haften auf dem Grundstück und gehen mit demselben auf jeden Besitzer über.

Der Gang, den das bauerliche Verhältniß zum gutsherrlichen genommen hat, ist wohl unleugbar dieser. Der Gutsherr gab an unbemittelte Menschen von seinem Ueberfluß Grundstücke ab, und bedung sich für die überlassene Benutzung derselben Dienste und Abgaben; weil aber solche Menschen durch ihr Weggehen nichts verloren, und dem Gutsherrn, wenn sie dieß zu einer Zeit thun konnten, in welcher die Benutzung der Grundstücke, wo nicht für mehrere Jahre, doch für das laufende verloren ging, hierdurch und durch den Verlust des Verlages bedeutender Schade erwuchs, so mußten sie mit ihrer Person dadurch Sicherheit leisten, daß es ihnen unerlaubt war, das innehabende Grundstück ohne gutsherrliche Bewilligung zu verlassen [k]). So entstand mit dem Begriff vom Bauer zugleich der der Behörigkeit, und wenn diese in vielen Gegenden in eine harte Leibeigenschaft ausartete, liegt der

k) Mösers Patr. Phantasien Th. 4. S. 311. Runde Grundsätze des D. Privatrechts §. 537.

der Grund davon nicht in der Sache selbst, sondern in dem Hange zum Mißbrauche der Gewalt und in der Dunkelheit rechtlicher Ideen, die bey dem Mangel urkundlicher Contracte immer mehr zunahm, je mehr sich eine Sache von ihrem Entstehen entfernte. So wie bey dem Leihe- (Beneficial-) Wesen des Mittelalters überhaupt, pflegte man, weil der Grund, aus dem man die Leihen vergab, fortdaurend war, auch hier keinen auf eine bestimmte Zeit gesetzten Contract mit dem Beneficiaten einzugehen, sondern er dauerte so lange als der Leihemann für den Zweck des Geschäftes brauchbar war. So wenig der abliche Beneficiat bey Feudal- und Ministerialgütern ein erbliches Recht erhielt, eben so wenig bekam der Bauer ein solches: auf dieselbe Art aber, wie jene Güter allmählig in ein Erbrecht und nachher gar in ein sogenanntes nutznießliches Eigenthum übergingen, wurden auch die Bauerngüter erblich; jedoch wieder in demselben Verhältnisse später, in welchem die Ministerialleihen zu den Militairleihen völlig erblich geworden waren.

Der alte Leihecontract, in welchem der Bauer mit seinem Gutsherrn stand, war

zwar kein römischer Miethscontract, weil der Leihemann statt des Miethsgeldes Dienste und Abgaben an Erzeugnissen aus dem Gehöfte entrichtete, auch anfänglich auf keine bestimmte Zeit angenommen war [1]); es war jedoch offenbar ein Vertrag, der, wenn man ihn mit einem des römischen Rechts vergleichen will, zu den Unbenahmten unter die Formel: do ut praestes, gehört. Entspringen nun die Verbindlichkeiten der Bauern zum Dienst aus diesem Vertrage; wie in aller Welt konnte denn nur daran gedacht werden, daß das Forderungsrecht der Dienste eine sogenannte res merae facultatis seyn und daher keiner Verjährung unterliegen könne? Dann würden alle und jede Forderungen aus Contracten mit gleich gutem Grunde zu den rebus merae facultatis gerechnet und so aller Verjährung entnommen werden müssen. Da es schon durch diese Ver-

1) Nach Anleitung des fremden Rechts errichtete man zwar mit den Colonen Zeitpachtcontracte, dieß hinderte aber dennoch die Erblichwerdung der Leihen nicht, und hatte nur zur Folge, daß nach Ablauf der bestimmten Zeit ein neuer Colonatbrief genommen und das herkömmliche Weinkaufgeld (laudemium) entrichtet werden mußte.

Vergleichung in die Augen fällt, daß dieß Recht nicht zu den dergestalt willkührlichen gehöre, die keiner Verjährung unterworfen sind, so könnte ich der Gefahr, an einer Definition der rerum merae facultatis zu scheitern, wohl überhoben seyn; weil ich mir aber einmal vorgesetzt habe, ganz positiv in dieser Sache zu Werke zu gehen, so bemerke ich, daß unter der unlegalen Kunstbenennung, res merae facultatis, die Rechtsgelehrten solche Rechte begreifen, die aus dem abstracten Naturrecht fliessen, und dem Menschen in Absicht seiner Person und seines Eigenthums ohne Relation auf einen andern zustehen m); bey welchen also, die Sache von vornher genommen, die Berechtigung oder Verpflichtung eines andern gar nicht in Frage kömmt, z. B. ob einer gehen will oder nicht; ob er sein Haus höher bauen will oder nicht; ob er in dieser, oder in jener Mühle mahlen lassen will? Ist aber das Recht eines andern nicht im Bezug, so kann auch von keiner Verjährung die Rede seyn, und

m) Eichmann zu RAVII Princ. doctrinae de praescript. pag. 17. hat, der Sache, nach diesen Begriff gegen den sehr schlechten Estor-Raveschen vertheidigt.

in dieser Hinsicht erklärt man diese Rechte für unverjährbar; ungeachtet die Verjährbarkeit derselben nicht zu bezweifeln ist, so bald man sie durch vorausgesetzte Handlungen andrer — Anmaßungen eines Zwangrechts durch Bestreitungen natürlicher Befugnisse — in relatives bürgerliches Verhältniß setzt n).

Die gutsherrlichen Dienste der freien und nichtfreien Bauern werden der bauerlichen Besitzung wegen, aus deren Empfang auch die Behörigkeit entsprang, geleistet, mithin ist zwischen dem Gutsherrn und dem Bauer bey Zeit- und Erbleihen die Contractsverbindlichkeit die Quelle der Dienstpflicht des letztern, und so kann das Recht des Gutsherrn, dieselbe zu fordern, keine res merae facultatis seyn. Bey den Bauern, deren Verhältniß sich in ein nutznießliches Eigenthum verwandelt hat, ist dieß der nämliche Fall, und da, wo der Bauer, wie in Sachsen der Zinsmann, ein voller Eigenthümer geworden ist, leidet diese Behauptung noch weniger Zweifel: denn wenn die jetzt dinglich auf dem Gute haftenden Dienste aus dem

n) Dieß letztere bemerkt Thibaut über Besitz und Verjährung S. 84. Note 1.

dem ehemaligen bauerlichen Verhältnisse abstammen, so können sie als ursprüngliche Contractspflichten nicht zu den rebus merae facultatis gehören, und wäre es, welches doch selten der Fall seyn dürfte, eine erst später übernommene (constitutive) Schuldigkeit, dann kömmt ein relatives, auf einen besondern Rechtstitel gegründetes rechtliches Verhältniß freier Leute in Frage, welches unmöglich, wenn nicht jedes Recht dahin gerechnet werden soll, eine res merae facultatis seyn kann. Die Verjährung ist ein Erwerbstitel, der sich nicht denken läßt, ohne den Menschen in relativen rechtlichen Zustand, und überdieß noch unter die bürgerliche Gesetzgebung zu versetzen, daher folgt mit Sicherheit, daß alle Rechte, welche zu ihrer Erlangung eines besondern Titels, zu welchen die erwerbende Verjährung gehört, bedürfen, auch durch einen solchen Grund wieder erlöschen können [o]); diejenigen Befugnisse aber, die dem Menschen nach dem absoluten

D 5 Natur-

o) Diesen Satz drückten die ältern Rechtsgelehrten so aus: Quicquid est deducibile in pactum, aut concessibile in privilegium, est etiam praescriptibile. GODEN Conf. 39. n. 54.

Naturrechte ohne einen besondern Titel zustehen — dahin gehören alle Ausflüsse des persönlichen und sachlichen Eigenthums — auch an sich durch einen eben so besondern Rechtsgrund nicht verloren gehen. Zuverlässig kann also da, wo ein Recht durch Verjährung erworben werden kann, wie dieß in Absicht der Bauerndienste von niemand bezweifelt wird, dasselbe aus dem nämlichen Rechtsgrunde wieder erlöschen.

Erst nachdem es, wie ich hoffe, einleuchtend genug ist, daß bey der Frage von der Verjährung der Dienstpflicht der Bauern, das Recht des Gutsherrn, dieselbe zu fordern, durchaus keine res merae facultatis seyn kann [r]), will ich zur genauern Betrachtung dieser Materie übergehen.

A) Die positiven Dienste

der Bauern sind die häufigsten, die wichtigsten und in Hinsicht auf ihre Verjährung die bestrittensten. Ihrer Entstehung nach sind sie, wie gezeigt worden ist, aus dem Leihevertrag herrührend: die ehemalige Lage der Bauern

r) Vergl. LEYSER Spec. 462. m. 28. v. Kreittmäyr Anmerk. zum Cod. Bav. 2. Th. 11. Cap. §. 15. HOMMEL Rhapſ. Obſ. 33. RAVE a. a. O. p. 256.

Bauern hat sich aber so sehr geändert und umgeformt, daß heutzutage zwischen ihnen und den Gutsherren in den mehrsten Ländern ein von dem ältern sehr verschiedenes Verhältniß Statt findet. Durchaus nothwendig wird es daher, bey allen Fragen, die dasselbe betreffen, auf den gegenwärtigen rechtlichen Zustand der Bauern zu sehen, und die ehemaligen Verhältnisse derselben nur bey denjenigen Aufwürfen von Folgen seyn zu lassen, wo es offenbar ist, daß ihr ursprünglicher Zustand, aller erlittenen Umänderungen ungeachtet, dennoch dergestalt ungeändert geblieben seyn müsse, daß, wenn dieß der Fall nicht wäre, der Bauer nicht wirklicher Bauer seyn würde. Hieraus ergibt sich, daß, bey auch noch so verbesserter Lage der Bauern, die Schlußfolge richtig sey, daß ihre Dienstpflicht, da sie aus einem Vertrage entsprang, keine res merae facultatis seyn könne, und daß, wenn das Daseyn von Bauernländerey keinem Zweifel unterworfen ist, für den wegen derselben Dienste fordernden Gutsherrn die Vermuthung seyn müsse [q]). Allein ganz unrichtig würde aus der

q) Repertorium jur. privati, voce: Bauerngüter §. 3, 4. LEYSER Spec. 416. m. 1.

der ehemaligen Behörigkeit der Bauern und aus der Nichterblichkeit ihrer Leihen gefolgert werden, daß ihre Dienstpflicht noch jetzt im Zweifel für ungemessen zu halten sey, da die Behörigkeit, aus welcher sich dieß allenfalls mit Anschein schliessen liesse, in den mehrsten Ländern sammt aller rechtlichen Wirkung ein Ende genommen hat, und aus dem Begriffe der Leihe an sich gar keine unbedingte Dienstschuldigkeit abgeleitet werden kann. Von dem gewöhnlichen Gange der Dinge, der sich an Gegenständen ähnlicher Art erkennen läßt, muß man vielmehr die Vermuthung gelten lassen, daß mit der Erblichkeit der Bauerngehöfte zugleich die Dienstpflicht bestimmte Umrisse erhalten habe.

Um über die erlöschende Verjährung der positiven Dienste der Bauern der Rechtsanalogie anpassende Grundsätze annehmen zu können, muß so wohl das Recht derselben an ihren Gehöften, als die Art des positiven Dienstes, von dem die Frage ist, in Betracht gezogen werden. Die Bauern sind entweder blosse Zeitpächter, oder Erbleihenbesitzer, oder solche, die ein mindervolles, oder volles Eigenthum haben. In Absicht der Dienste kömmt es hier auf zwey Eintheilungen

lungen

lungen derselben an; 1) in ordentliche und ausserordentliche, unter den ersten verstehe ich solche, die jährlich für gewöhnliche Bedürfnisse gefordert werden können, unter den letzten diejenigen, welche wegen besonderer zufälliger Bedürfnisse des Gutsherrn, z. B. Schloßbauten, Wochenbetten, geleistet werden müssen [r]); 2) in gemessene und ungemessene. Da in Absicht der letzten Eintheilung der Begrif vom gemessen seyn sehr relativ ist, indem die Gemessenheit bald stärker bald schwächer seyn kann, so kömmt es auf ein völlig unterscheidendes Merkmal dabey an, und dieß ist weder die Zeit, noch der Ort, sondern allein die Zahl, welche verlangt werden kann [s]): ist diese bestimmt, dann sind es gemessene Dienste; wo nicht, dann tritt der Begriff von ungemessenen ein.

I.) Der

r) Nicht zu diesen, sondern zu den ordentlichen Diensten rechne ich hier diejenigen, welche zwar nicht zu einer gewissen Zeit, wie die eigentlichen Hofdienste, gefordert werden, deren Bedürfniß jedoch gewöhnlich in jedem Jahre eintritt; dahin gehören die Botendienste, und die Fuhren ausserhalb der Gränze des Guts.

s) LUDOLF Obs. T. I. Obs. 105. n. 7. Danz Handbuch des D. Privatrechts 5. B. S. 220.

1.) Der Zeitpachtbauer [t])

er sey frei, oder behörig, hat in dem Contracte bestimmte so wohl ordentliche als ausserordentliche Dienste zu leisten. Die Verbindlichkeit zu denselben ist nur eine einfache, nämlich die aus dem Miethscontracte, welcher sich stillschweigend erneuert, wenn nach dem Ablauf der ersten Pachtzeit der Bauer in dem Besitze gelassen wird. So wohl die eine als die andre Dienstart setzt zum voraus, daß der Dienstherr den Dienst ansage oder verlange [v]), und thut er dieß nicht, so ist dem Bauer nicht zuzumuthen, daß er den Dienst aufdringe, weil er nicht wissen kann, ob und zu welcher Zeit derselbe dem Dienstherrn brauchbar sey. Mithin ist der Bauer, welcher den nicht geforderten Dienst nicht leistet,

t) Zu dieser Classe gehören auch diejenigen Bauern, welchen die Leihe auf bestimmte, aber den Jahren nach ungewisse Zeit, nämlich auf Leiber, überlassen ist. S. Lennep von der Leihe zu Landsiedelrecht 1. Th. 2. Tit. §. 8.

v) LEISSER Jus georg. L. 3. c. 27. n. 63. WERNHER P. 1. Obs. 76. und die mehrsten Rechtsgelehrten beweisen dieß mit L. 7. D. de usufr. leg. L. 1. D. de oper. serv. L. 3. 9 et 24. de Oper. libert., es folgt aber aus der Natur der Sache.

leistet, unstreitig nicht in der Lage, daß ihm deshalb eine mala fides imputirt werden könnte, derentwillen ihm in jenem Leben ein mortale peccatum zur Last fallen müßte w):

ist

w) Unter die Modeartikel in der Rechtsgelehrsamkeit gehört jetzt der Satz: daß nach den Verordnungen des canonischen Rechts im c. 20. X. de praescriptionibus auch zu jeder erlöschenden Verjährung guter Glaube durchaus erforderlich sey. Gewiß würde es eine der zweckwidrigsten Abänderungen der so nothwendigen als vernünftigen Verfügung des röm. Rechts seyn, wenn die Päpste zu jeder erlöschenden Verjährung dieses Erforderniß nöthig gemacht hätten: allein sie thaten nichts weiter, wie die dürren Worte des c. 5. und 20. X. de praescript. lehren, als daß sie nach den Grundsätzen der theologischen Moral über die restitutio in integrum durchaus jeden positiven Nachtheil, den jemand an seinem Eigenthum durch die Einrede der Verjährung leiden konnte, abwenden wollten. Es kam ihnen nicht bey zu verfügen, daß die Klage nach 30 Jahren gegen den, der ein Haus zu verkaufen, oder eine Summe Geld darzuleihen versprochen hatte, deshalb beym Leben bleiben solle, weil der Versprecher wußte, daß er die Zusage gemacht hatte — oder gegen einen Pächter, wenn der Verpächter die Dienste, welche er fordern konnte, innerhalb der angeführten Zeit nicht eingefordert hatte, weil der erste wußte, daß er dieselben zu leisten schuldig wäre, wenn sie verlangt würden.

P.

ist aber dieses nicht der Fall, so findet die extinctive dreyssigjährige Verjährung statt, welche

P. Alexander III. verordnete, daß weil es nach göttl. Gesetzen nicht erlaubt sey: aliena petere, ne malae fidei possessores simus in *praediis alienis*, quoniam nulla antiqua dierum possessio divino jure juvat aliquem malae fidei possessorem, nisi resipuerit postquam se noverit *aliena* possidere: und P. Innocenz III. verwirft, indem er sich auf die theologische Nothwendigkeit der Rückgabe fremden Eigenthums gründet, jede Verjährung, mit der sich jemand wissendlich in dem Besitze fremder Güter zu schützen sucht: cum generaliter sit omni constitutioni atque consuetudini derogandüm, quae absque mortali peccato (ein solches liegt doch wohl nicht auf demjenigen, der sich gegen die abgeforderte Erfüllung eines vor 30 Jahren gemachten Versprechens mit der Einrede der Verjährung schützt) non potest observari. Unde oportet, ut, qui praescribit, in nulla temporis parte *rei* habeat conscientiam *alienae*. Innocenz dachte damals gewiß nicht daran, daß man ein angenommenes Versprechen für eine rem alienam des Zusagers dermaleinst halten würde, und so wäre es weit besser gewesen, wenn man bey Erklärung dieser Texte der Meinung des einsichtvollsten Canonisten, des Canzlers Boehmer, gefolgt wäre, der in seiner Ausgabe des Corp. jur. can. zu jenem 20. Cap. bemerkt: daß es durchaus nicht auf diejenige prae-

welche bey dem ordentlichen Dienste mit dem ersten Pachtjahre ihren Anfang nimmt, und bey dem ausserordentlichen mit dem ersten Falle, in welchem der Herr den Dienst hätte fordern können, und denselben dennoch nicht gefordert hat. Zeitpachte werden zwar selten auf eine so lange Zeit ausgethan, daß innerhalb derselben jene Verjährungszeit ablaufen könnte, nimmt man aber eine stillschweigende Verlängerung derselben an, dann läßt es sich allerdings denken, daß sich der Bauer mit derselben gegen Forderungen verjährter Dienste schützen könne.

Keine Argumente sind zu sonderbar, deren sich nicht die Rechtsgelehrten bedient hätten, um einen Satz, den sie behaupten wollten, durchzuführen; man ist daher auf die Idee gekommen, daß die jährlich zu entrichtenden Dienste als Gegenstände zu betrachten wären, die nicht im Ganzen, sondern nur einzeln verjährt werden könnten, weil das Forderungsrecht mit jedem Jahre entstände, mithin auch die Klage, nur für jedes

praescriptio extinctiva auszudehnen sey, qua quis jus suum per non usum amittit, ut tamen alter nihil *alieni juris* possideat.

des einzelne Jahr gerechnet, verjährbar sey. Wenn aber auch diese Darstellungsart bey Bauern, die volle Eigenthümer ihrer Grundstücke sind, rechtlichen Anschein haben möchte, so fällt die Unstatthaftigkeit derselben gewiß bey solchen in die Augen, deren Dienstpflicht unbezweifelt aus einer Zeit- oder Erbleihe entspringt, indem die Verbindlichkeit dann aus einer einfachen Quelle fließt, die in einem und demselben Moment das Recht auf die ganze Contractszeit hervorbringt, das also auch durch eine von diesem Augenblick an zu rechnende Verjährung, der Nichtverfolgung wegen, verloren gehen muß x). Da hier von keinem dinglichen Rechte, wie bey Dienstbarkeiten, die Rede ist, so bedarf es wohl kaum der Bemerkung, daß von dem Ver-

x) Begründet die Nichtverfolgung eines zuständigen Rechts die Erlöschung der deshalb zuständigen Klage, dann muß die Nichtverfolgung eines Theils dieses Rechts auch den Verlust der Klage auf denselben zur Folge haben: so wie bey der erwerbenden Verjährung der mit den gehörigen Erfordernissen versehene Besitz die Grenze des Erwerbes bestimmt, eben so bestimmt bey der erlöschenden die Nichtverfolgung den Umfang des Verlustes, und man muß den Satz gelten lassen: tantum praescriptum, quantum non prosequutum.

Verluste des Rechts, die contractlichen Dienste zu fodern, durch einen auf kürzere Verlustzeit gesetzten Nichtgebrauch die Frage nicht seyn dürfe [y]): so wie es sich auch aus der Natur des contractlichen Verhältnisses ergibt, daß zwar das Recht des Gutsherrn, die Dienste einzufordern oder nicht, von seiner Seite eine willkührliche Sache sey, daß es aber nicht zu den der Verjährung nicht unterworfenen rebus merae facultatis gerechnet werden könne, weil sonst jede Forderung aus einem Contracte, auf die der Berechtigte zu seinem Nachtheil Verzicht leisten kann, zu diesen Gegenständen gerechnet werden müßte [z]).

II.) Der Erbpachtbauer

ist in der engern Bedeutung ein solcher, der das Bauergehöft für sich und seine Nachkommen dergestalt besitzt, daß der Eigenthums-

y) Wenn sich gleich, wie weiter unten gezeigt werden wird, die bey den Dienstbarkeiten im röm. Rechte, in Betreff des Verlusts derselben, vorkommenden Grundsätze, auf Rechte, welche mit jenen gleichartig sind, anwenden lassen, so kann dieß doch nicht bey solchen geschehen, die ganz verschiedener Natur sind, und ein andres Klagerecht erzeugen.

z) LEYSER Spec. 462. med. 31.

thumsherr nicht eigenmächtig und willkühr-lich die auf die Dauer dieser Personen ver-liehene Pacht aufrufen kann, sondern dieses im Wege Rechtens nur dann zu thun berech-tigt ist, wenn solche Gründe eintreten, de-rentwillen auch eine Zeitpacht nach den Grundsätzen des gemeinen Rechts noch vor dem Ablaufe der Contractszeit aufgehoben werden kann [a]). So wohl freie als unfreie Bauern können Erbleihen besitzen; so wie es auch einerley ist, ob die Erbleihe verbriefet ist, oder nicht. Ursprünglich war das Ver-hältniß dieser Bauern beneficialisch, oder so geartet, daß sie die Leihe gegen Dienste und Abgaben nur so lange besassen, als es dem Leiheherrn gefällig war, ihnen dieselbe zu lassen; weil es aber ein unvermeidlich fort-dauerndes Bedürfniß der Gutsherren blieb, Bauern zu haben, so wurden die Nachkom-men derselben der Leihe nicht entsetzt, wenn sie sich nur dem Contract gemäß benahmen. In diesem letztern Verhältnisse finden sich die Bauern in den Wendischen Ländern [b]) und viele

a) Im Reiche werden sie gewöhnlich **Landsied-ler**, in Altsachsen **Meyer** genannt. **Len-nep** a. a. O. 1. Th. S. 28. 182.

b) S. oben S. 51. Note i.

viele derselben selbst in denjenigen Provinzen, in welchen die Bauern frei sind, z. B. in Baiern bey der Herrngunst, oder veranleiteten (von Anleit oder laudemium) Freystiften (bey welchen der Grundherr ohne Ursache den Bauer oder Herrngünstler von dem Gehöft setzen kann) c), und diese rechne ich zu den Erbpachtbauern in der weitern Bedeutung, weil sie zwar ein vererbliches Pachtrecht besitzen, das aber gänzlich von der Willkühr des Gutsherrn abhängt.

Nachdem der Gebrauch des römischen Rechts sich in Deutschland verbreitete und mit demselben die Förmlichkeiten zum Behuf eines künftig nach dessen Vorschrift einzurichtenden Beweises in Gang kamen, errichtete man häufig Lehn- und Leiheverträge, in welchen entweder eine Zeitpacht bestimmt war, oder nicht d). Das erste geschah nicht so wohl in der Absicht nach Ablauf der Pachtzeit die Nachkommen des Bauern von der Leihe zu verdrängen, als vielmehr um sich

c) von Kreittmayr Anmerkungen zum Cod. civil. Bav. 4. Th. 7. Kap. §. 31. Hierhin gehören auch die Leihen auf Willkühr und Gunst. Lennep a. a. O. 1. Th. S. 154.

d) Gesenius Meyerrecht 1. Th. S. 382.

des Eigenthums wegen zu sichern, sich die Möglichkeit zu bessern Bedingungen offen zu erhalten, und bey der Erneuerung des Vertrages ein Weinkaufsgeld, oder Lehnwaare, zu erheben [e]): daher ist es denn in vielen Ländern

e) In ältern Zeiten, wo zur Verjährung in Deutschland weder Titel, noch guter Glaube erforderlich war, sondern allein der Besitz während einer kurzen (1 Jahr) oder langen (30 Jahre) Zeit zur Erwerbung eines Rechts genügte, wo also die lange Verjährung mit dem Begriffe vom Herkommen in Eins zusammenfloß, kannte man das Princip des römischem Rechts: daß der Besitzer einer entliehenen Sache den Titel ohne entgegengesetzte Thatsache nicht abändern könne — nicht, mithin konnte ein rechtsgültiges Herkommen entstehen, wenn die Pächterfamilie nach mehrmaligen Verlauf der bestimmten Pachtzeit nicht verdrängt worden war, oder, wenn weder einer Zeit, noch der Erben im Contract gedacht war, dieselbe, mehrerer Erbfolgen ungeachtet, über 30 Jahre auf gleichförmige Pachtentrichtung das Gehöft besessen hatte. Neque puto, sagt GOEBEL de jure et judicio rustic. p. 73., huc trahendam subtilitatem juris Romani, possessionem praedii plane abrogantis conductori. Enimvero ad explicanda patriae jura Romanorum placitis et apicibus non est inhiandum; imprimis, cum tot rerum argumentis evinci queat, lassiticorum bonorum qualitatem constitutivam locationis, ex mente Romanorum, cancellis

Ländern der Hoheit leicht geworden, nach aufgekommenem Steuerwesen es dahin zu bringen, daß, der bestimmtesten Zeitpacht ungeachtet, nach deren Verlauf der Contract ohne alle Erhöhung der Bedingungen gegen Erlegung der herkömmlichen Lehnwaare erneuert werden mußte [f]). Enthielt der Leihevertrag keine Zeitpacht, so war derselbe entweder ausdrücklich auf die Erben des Empfängers gerichtet, oder es war in demselben der Erben nicht ausdrücklich Erwähnung geschehen. Im ersten Falle ist es unstreitig eine Erbleihe, und die Meinung derjenigen bey weitem der Natur der Lehne und andrer Beneficien die angemessenste, die unter den Erben nur die Abkömmlinge des Erwerbers verstehen [g]); welches dann keinen Zweifel

 leidet,

cellis circumscribi non posse. Denique lassitica bona, lapsu triginta annorum, si uniformis canon est solutus, naturam perpetuae coloniae adsciscere dicunt. LEISSER jus Georg. L. 1. c. 21. p. 117.

f) Von den Meyern STRUBEN Accesf. ad jus Villic. num. 2. Calenberg. Meyerordnung v. J. 1772. §. 2. von den Landsiedeln Reinhards jurist. und histor. Ausführungen 1. Th. S. 223. f.

g) Reinhard a. a. O. S. 240. PUFENDORF

leibet, wenn es Leibeserben oder Kinder [h]) heißt: im letzten Falle geht der Beneficialcontract auf die Intestaterben des Erwerbers über [i]), und wollte man das Gegentheil, so mußte der Vertrag auf den Leib des Empfängers beschränkt seyn [k]).

Oefters

DORF T. 2. Obs. 70. CARSTENS de successione villicali in ducatu Luneb. c. 4. und mehrere, die von Selchow in D. de differentiis praediorum rusticorum et feudorum, praesertim quoad successionem §. 1. in den Electis juris Germ. p. 389. angeführt hat. Nach der gemeinen, von der Emphyteuse abgezogenen Meinung und mehreren Landesgesetzen, begreift man unter dem Ausdruck Erben die gemeinrechtlichen Erben und läßt diese letztern auch dann zur Nachfolge in die Erbpacht, wenn entweder gar kein Leihebrief vorhanden, oder in demselben der Nachfolge ausdrücklich nicht gedacht ist. SELCHOW a. a. O. §. XI. Auf das Wesen der Erbleihe hat dieser Streit, wie die Folge ergeben wird, keinen Einfluß.

h) Beyspiele s. b. Lennep a. a. O. S. 149. Unter diesen gilt alsdann die landesgesetzliche, oder herkömmliche Erbfolge, und in deren Ermangelung nicht die lehn- sondern die gemeinrechtliche. DE SELCHOW. a. a. O.

i) S. die vorhergehende Note g.

k) Kopp Proben des Deutschen Lehnrechts S. 299. Reinhard a. a. O. S. 236.

Oefters findet sich in den Erbleihecontracten die Ausbedingung, daß es dem Gutsherrn erlaubt seyn soll, die Leihe zu eigenem Gebrauch einzuziehen [l]), oder dieß ist in Landesgesetzen demselben freigestellt [m]); dadurch wird an der Natur einer Erbleihe so wenig geändert als durch die oft vorkommende Clausel, daß der Colonus wegen Nichterfüllung des Contracts das ertheilte Recht wieder verlieren solle, weil beyde Ausbedingungen gemeinrechtliche Folgen des Miethscontracts sind. Hieraus ergibt sich aber auch gegen Struben, daß die Behauptung des Celleschen Tribunals die richtige sey, welches zur Ausübung der vorbehaltenen Einziehung zum eigenen Gebrauch nicht jeden Vortheil des Gutsherrn für hinlänglich hält, sondern eine unvermeidliche Nothwendigkeit des Selbstgebrauchs erfordert [n]).

Noch weniger als nach dem fremden Rechte war in Deutschland zum Bestande einer Erbleihe ein schriftlicher Contract erforderlich. Bekanntlich wurden die Rechte in den Schöp-

l) Beyspiele hievon s. in Lennep S. 155.

m) STRUBEN de jure Villicorum c. 8. §. 18.

n) STRUBEN Accessiones ad jus Villic. num. 19.

Schöppengerichten symbolisch übertragen, ohne eine Urkunde darüber zu errichten: mit dem Eingange des fremden Rechts faßte man den Vertrag entweder in eine gerichtliche Registratur [o]), von der man an den Beliehenen Abschrift ertheilte, oder man schrieb die Leihe in das Meyerdingsbuch ein [p]). Zur Aufrechthaltung dieses unverbrieften Verhältnisses führte man theils die Erneuerung der Belehnung, so wohl bey feudis als andern Leihen, im Veränderungsfall der Innhaber ein, oder bestimmte in dem Vertrage gewisse Jahre, nach deren Verlauf die Erneuerung des Contracts auf die alten Bedingungen durch Weinkauf geschehen mußte [q]); theils wußte man durch die Weißthümer die gutsherrlichen Rechte mittelst des eigenen Bekennt-

o) Diese Protocolle hiessen Ding-Rotuln (rotuli curiae) und die Abschrift derselben breve testatum. Lennep 1. Th. S. 249. BIENER D. de protocollo feudali, Lips. 1788.

p) Buri Erläut. des d. Lehnrechts S. 1168.

q) Oft wurde in den auf bestimmte Zeit lautenden Leihecontracten ausdrücklich festgesetzt, daß diese Zeitbestimmung keine andre Wirkung haben solle als die Erneuerung auf die alten Bedingungen. Beysp. hievon s. in Lennep 1. Th. S. 143.

Bekenntnisses der Bauern hinlänglich zu sichern. Da nun weder zur erblichen Meyerbesitzung, noch zur Landsiedeley ein schriftlicher Contract wesentlich nothwendig war [r]), und bey rechtlichen Geschäften sich im Mittelalter einer nach dem andern richtete, woraus die Gewohnheiten erwuchsen, so muß man, wenn Streit obwaltet: ob der Bauer ein blosser Zeitpächter, oder ein Erbleihemann sey? vorzüglich auf das Verhältniß sehen, in welchem die mehrsten Bauern desselben Guts, oder in derselben Gegend, zu dem Gutsherrn sich befinden, und für dieses, wenn anders der Bauer in keiner von den übrigen verschiedenen Lage gewesen ist, die Vermuthung seyn lassen, weil dasselbe mit der größten Wahrscheinlichkeit dem Contracte zum Grunde lag [s]), und hierauf auch die ältern Schöppen gesprochen haben würden, wenn der Streit

r) LUDEWIG jus client. p. 169. Lennep a. a. O. S. 243. f.

s) Selbst wenn man hierüber schriftlich contrahirte, bezog man sich in Absicht der wichtigsten Puncte auf das Herkommen. So findet man öfters, daß der Erbleihemann zu dienen versprach wie andre Landsiedel, oder wie es bräuchlich wäre. Die Beyspiele s. in Lennep 1. Th. S. 483.

Streit zu ihrer Entscheidung gestanden hätte. Die wesentlichen Merkmale einer Erbleihe sind mithin diese, daß ein Vertrag die Quelle aller aus ihr entspringenden Verbindlichkeiten ist, nur daß dieser Vertrag, der in Hinsicht auf den Empfänger einen wirklichen Antheil am Eigenthume ausschließt, auf die Erben des ersten Pächters übergeht.

Wenden wir uns nunmehr zu den Grundsätzen, die in Absicht der erlöschenden Verjährung der Dienste dieser Bauern Statt finden müssen, so wird es a) aus der gedrängten Darstellung ihrer Natur nicht zu bezweifeln seyn, daß bey dem fortdaurenden Contractsverhältniß, welches mit dem Begriff von einer Erbleihe nothwendig verknüpft ist, nicht weiter von einer re merae facultatis die Rede seyn dürfe, wenn über die wechselseitigen Verbindlichkeiten, die zwischen dem Gutsherrn und dem Bauer aus diesem Verhältniß entspringen, Streit obwaltet: so wie es auch b) einleuchtend seyn wird, daß die Argumente von dem Verluste der Dienstbarkeiten durch erlöschende Verjährung und Nichtgebrauch, welche viele Rechtsgelehrte bey diesen Aufwürfen zu Entscheidungsgrün-

den

den gebraucht haben [t]), des hier Statt findenden Contractsverhältnisses wegen völlig unbrauchbar sind. c) Ist in Erwägung zu ziehen, daß die Dienste, so wie sie durch ausdrückliche oder stillschweigende Verträge erworben werden können, auch durch solche wieder aufhören müssen [v]). Stillschweigende Erlassungen haben mit den ausdrücklichen gleiche Wirkung; da nun aus der Nichtforderung der Bauerndienste eine dreyssigjährige Zeit hindurch, von der Wirkung der Verjährung ganz abgesehen, unstreitig eine Erlassung derselben logisch richtig gefolgert werden muß [w]), so würde meines Ermessens diese Erwägung wenigstens die völlige Ueberzeugung bewirken müssen, daß zur erlöschenden Verjährung der Dienstpflicht von Seiten des Verjährenden guter Glaube nicht durchaus nothwendig sey.

Mit Rücksicht auf die Verschiedenheit der Umstände, die auf die Entscheidung der hier möglichen Fälle von Einfluß sind, würden folgende Grundsätze angenommen werden müssen.

I.) Der

t) RAVE Princ. doctrinae de Praescr. §. 116.

v) HERT. Consil. T. 2. p. 982.

w) MEV. P. 1. D. 60. n. 5.

1.) Der freie Erbpachtbauer, dessen Dienste in dem Leihecontracte, Dienstregistern, Recessen und dergl. bestimmt sind, wird durch erlöschende Verjährung von dem ordentlichen Dienst befreit, wenn der Gutsherr den Dienst, den er hätte ansagen und verlangen müssen, innerhalb dreyssig Jahren nicht gefordert hat, und von dem ausserordentlichen dann, wenn die Gelegenheit, sie zu heischen, existirte und er sie dennoch, von dieser Existenz an gerechnet, innerhalb dreyssig Jahren nicht hat leisten lassen. Gerade aber nur so viel geht von dem Dienst verloren als nicht gefordert ist, und durch die Einforderung einer geringern Zahl wird das verabsäumte Recht, mehr zu verlangen, so wenig erhalten als das Recht, höhere Interessen zu fordern, durch die Annahme einer geringern Summe dreyssig Jahre hindurch erhalten bleibt [x]). Die Gründe, warum hier weder von einer re merae facultatis, noch von der Berechnung der Verjährung

x) HOFACKER Princ. jur. civil. T. 3. §. 1841. Bey den Diensten tritt noch ein stärkerer Grund ein, eine Erlassung derselben anzunehmen, weil sie verlangt, die Zinsen hingegen ohne Mahnung entrichtet werden müssen.

jährung auf die einzelnen Jahre, die Rede seyn dürfe, sind schon bey Gelegenheit der Zeitpacht entwickelt, und bedürfen hier, wo einerley Gründe ihre Richtigkeit darlegen, keiner Wiederholung: aus ihnen folgt aber, daß zur Verjährung keine durch einen Widerspruch zu erlangende Erwerbung der Freiheit von Seiten des Dienstpflichtigen erforderlich sey.

II.) Ist in dem Leihevertrage des freien Erbpächters **ungemessener Dienst** zugesagt, dann leidet es im Allgemeinen wohl keinen Zweifel, daß durch Verjährung derselbe mehr oder weniger zur Gemessenheit gelangen könne [y]). Dieß setzt aber bey dem **ordentlichen Dienst** zum voraus, daß, wenn kein Widerspruch des Dienstpflichtigen das Maß bestimmt hat, der Dienstherr über dreyssig Jahre lang nur eine gewisse Zahl von Diensten gefordert haben müsse, die dann der Verjährung wegen nicht überschritten werden dürfen. Ist aber innerhalb der

Dauer

y) Von einigen wird, der Voraussetzung wegen, daß die Dienstforderung eine res merae facult. sey, auch dieses geleugnet. Reichshofr. in Justiz und Gnadensachen 3. Th. S. 141.

Dauer des Lebens der Contractsklage der Dienst bald in einer größern bald geringern Zahl begehrt und geleistet, je nachdem es das Bedürfniß des Gutsherrn erheischte, so ist der letztere durch die Ausübung seines Rechts gegen die Verjährung gesichert [z]). Nehmen wir an, daß eine Bauerschaft zu ungemessenem Botendienst [a]) verpflichtet sey, und der Gutsherr denselben innerhalb 25 Jahren in dem Maße verlangt hätte, daß alle drey Jahre einmal ein Gang an jeden Hauswirth gekommen ist, im 26sten Jahre aber von jedem zwey oder mehr Gänge gefordert würden, dann wird dem Dienstherrn keine Verjährung gegen das letztere Forderungsmaß entgegen gesetzt werden können: hätte er aber über dreyssig Jahre lang alle drey Jahre nur einen Dienst von jedem Hauswirthe begehrt, würde er auch, der Verjährung wegen, für die Zukunft nicht mehr verlangen können.

Bekanntlich sind Spann- und persönliche Dienste von einander ihrer Natur nach verschieden, und unter jeder Classe findet wieder, dem Zwecke nach, eine Verschiedenheit Statt: so

z) Struben rechtl. Bed. 4. Th. n. 85.

a) S. oben S. 61. Note r.

so zerfallen z. B. die Spanndienste in solche, die zum Nutzen der Hofländerey gethan werden, und in solche, die in Fuhren ausserhalb der Grenze des Guts bestehen, — die Handdienste in eigentliche Arbeitsdienste, und in Boten- Jagd- und Dienste ähnlicher Art. Ist nun bey der allgemeinen Verbindlichkeit zu ungemessenem Dienst, die eine Gattung bisher ungemessen eingefordert worden, die andere aber über dreyssig Jahre in bestimmter Zahl, so folgt von selbst, daß die noch lebende Klage auf die ungemessene Dienstleistung der einen Art, nicht auf die erloschene Verbindlichkeit zur ungemessenen Leistung der andern, erstreckt werden könne, oder, daß durch die Erhaltung der einen auch die andere erhalten seyn müsse. So wie durch den Leihevertrag die eine Dienstart gemessen seyn kann, die andere nicht, so kann auch durch die erlöschende Verjährung die eine Sorte in gemessenen Dienst umgewandelt worden seyn, die andere nicht.

Bey eigentlichen ausserordentlichen Diensten, z. B. Hofbau- und Gerichtsdiensten, läßt sich eine Gemessenwerdung durch Verjährung deshalb nicht denken, weil sie des sie verursachenden unbestimmten Bedürf-

nisses wegen, an sich ungemessen sind [b]), mithin von dem Dienstberechtigten die Beobachtung eines bestimmten Maßes nicht verlangt werden kann.

III.) Wäre das Erbpachtverhältniß nicht durch Contract, oder andre genügende urkundliche Beweise gegründet, sondern beruhte dasselbe auf dem gemeinen Herkommen einer Gegend, oder bey einzelnen Bauern auf der Vermuthung eines mit den mehrsten Mitgliedern einer Dorfgemeinde gleichen Verhältnisses; genug, ist die Erbpacht durch mehr oder weniger vorhandene Umstände, die für dieselbe vermuthen lassen [c]), dargethan, dann ist dasselbe Verhältniß vorhanden, welches bey einer verbriesten Erbpacht existirt, mithin müssen auch alle die rechtlichen Folgen in Absicht der erlöschenden Verjährung der Dienste Platz greifen, die in den vorhergehenden beyden Nummern ausgeführt sind. Auf dem Herkommen beruht in diesem Falle die Dienstpflicht, die entweder gemessen, oder ungemessen seyn, in Natural-

dienst

b) GROLMANN D. de operarum debit. mutatione §. 14.

c) Dieselben s. bey Lennep a. a. O. 1 Th. S. 230. f. Runde §. 519.

dienst oder Dienstgeld bestehen kann. Bey diesem das Contractsverhältniß bestimmenden Herkommen muß es nach allgemeinen Rechtsprincipien so lange verbleiben, bis mit beyder Theile Einwilligung eine Aenderung getroffen wird. Hieraus folgt, daß es, wenn kein Naturaldienst, sondern Dienstgeld entrichtet wird, nicht in der Willkühr des Dienstherrn stehe, einer bloßen Vermuthung wegen — daß ursprünglich wohl Naturaldienst geliefert worden seyn müsse — diesen statt des herkömmlichen Dienstgeldes fordern zu können. Bey factischen Verhältnissen kann eine bloße Vermuthung, die, weil es möglich ist, daß bey der Entstehung der Erbpacht auf Dienstgeld contrahirt wurde, völlig unrichtig seyn kann, keine Abänderung bewirken, und die Befugniß, einer solchen Vermuthung wegen, eine Contractsforderung dergestalt zu einer res merae facultatis zu machen, daß statt ihrer nach Willkühr eine andere in Anspruch genommen werden könnte, würde eine von denjenigen juristischen Behauptungen seyn, die höchstens nur unter erzwungenen Zweifelsgründen stehen dürfte.

Gesetzt aber auch, daß die übrigen Erbpachtbauern einer Gegend oder eines Guts

Naturaldienst leisten müßten, und daß man hieraus gegen den Dienstgeld entrichtenden Erbpächter die Vermuthung seyn lassen wollte, daß auch er ehemals die Dienste in Natur hätte entrichten müssen, so kann diese Vermuthung dennoch von keiner rechtlichen Wirkung seyn; theils, weil hier kein zweifelhaftes Verhältniß vorhanden ist, zu dessen genauerer Bestimmung man einer Vermuthung bedürfte, wie dieß dann der Fall war, wenn es in Ungewißheit stand, in welchem Leiheverhältniß der Bauer sich befinde; theils, weil aus der unvordenklichen Entrichtung des Dienstgeldes eher die Vermuthung fließt, daß der Vertrag gleich anfänglich auf dasselbe gerichtet gewesen seyn müsse, als daß der Gutsherr, da er von den mehrsten Naturaldienst erhält, gerade nur einen mit demselben verschont haben sollte [d]).

IV.)

d) Bey unvordenklicher Entrichtung des Dienstgeldes lassen daher die mehrsten Rechtsgelehrten es dem Gutsherrn nicht frei, den Naturaldienst wählen zu können, WERNHER P. 9. Obs. 64. LEYSER spec. 462. m. 29. RAVE a. a. O. p. 260. Das Preuss. Landr. 2. Th 7. Tit. §. 430, 31. entfreit in diesem Falle den Bauer von der Wahl des Gutsherrn, wenn dieser 50 Jahre hindurch die Dienste in Natur nicht eingefordert hat.

IV.) Bey unfreien Erbpachtbauern treten in Absicht der Verjährung der positiven Dienstpflicht dieselben Grundsätze ein, welche bey den freien Statt finden. In Betreff der Abgaben kann es zwar zweifelhaft seyn, ob sie der Behörigkeit, oder der bauerlichen Besitzungen wegen, zu entrichten sind, wo für das letztere vermuthet werden muß, wenn nicht durch die beybehaltene alte Benennung, z. B. Leibhuhn und dergleichen, der Ursprung derselben sich erhalten hat; bey den Diensten hingegen fällt dieser Zweifel weg, weil diese selbst in solchen Ländern, in welchen der leibeigene Bauer kein Erbpächter, sondern nur ein Wendischer Wirth ist, der bauerlichen Besitzungen wegen gefordert werden, und der Bauer unentgeltlich nur so viel Dienst leisten muß, als ihm nach Verhältniß der eingeräumten Grundstücke contractmässig auferlegt ist *).

e) Kathenleute und Einlieger, die das Gut ohne gutsherrliche Bewilligung nicht verlassen dürfen, und dennoch so viel nicht haben, daß sie davon leben können, würden dem Gutsherrn zur Last fallen, wenn er ihnen nicht bezahlte Arbeit verschaffte, die sie deshalb für die herkömmlichen, oder bedungenen Preise übernehmen

V.) Wenn es sich entweder durch den Leihevertrag, Dienstrecesse, oder auf eine andere Art [f]) darthun läßt, daß der Erbpächter, er sey frei oder nicht, ehemals den Dienst in Natur entrichtet habe, seit dreyssig Jahren aber von ihm ununterbrochen Dienstgeld statt des Dienstes in Natur gefordert und genommen worden ist, dann behaupteten die ältern Rechtsgelehrten, daß der Gutsherr durch stillschweigenden Vertrag und Verjährung um das Recht gekommen sey, auf den Naturaldienst zurückgehen zu können [g]): die mehrsten neueren hingegen fanden es für richtiger, dem Gutsherrn den Rücktritt zum Natu-

men müssen. Dessen ungeachtet kann man behaupten, daß in den Wendischen Ländern der unentgeltliche Dienst gemessener Dienst sey. **Eggers** über die gegenwärtige Verfassung der Leibeigenschaft in den Herzogl. Meckleub. Cammergütern S. 120. f. und 166. v. **Ferber** Grundzüge zur Werthschätzung der Landgüter in Mecklenburg S. 67. f.

f) Z. B. durch Uebertage, die durch Naturaldienst geleistet werden. PUFENDORF T. I. Obs. 224.

g) KOEPPEN Dec. 13. MEVIUS vom Zustand der Bauern, 3ter Hauptp. n. 174. BERLICH T. 2. concl. 6. n. 3. ERHARD de Operis rust. concl. 28. LEISSER jus georg. L. 3. c. 27. n. 76.

Naturaldienst zu gestatten, weil sie dafür hielten, daß dieses Rücktrittsrecht eine Sache sey, die schlechthin zu den rebus merae facultatis gehöre, und nehmen nur die Fälle aus, wenn der geforderte Naturaldienst verweigert worden war, und der Gutsherr sich die verjährende Zeit hindurch bey der Weigerung beruhigt hat; oder der Bauer sich im unvordenklichen Besitz, das Dienstgeld zu entrichten, befindet [h]). Ich gestehe es, daß mir diese letzte Meinung, weil sie so wohl Mangel an Nachdenken als an richtiger Theorie verräth, eine der willkührlichsten in der Rechtswissenschaft zu seyn dünkt. Nimmt man alle Argumente, die für dieselbe aufgestellt worden sind, zusammen, so bleibt der Hauptgrund, aus dem die übrigen

h) Bilderbecks Erörterung in dem neuvermehrten Dorf- und Landrechte 1. Th. Resol. 8. Repertorium jur. priv. voce: Bauerndienst §. 46. STRVBEN jus Villic. c. 5. §. 21. und die von letzterem in der Note b. Angeführten. RAVE a. a. O. §. 116, 17. Einige gehen gar so weit, daß sie nicht einmal den gutsherrlichen Rückgang zum Naturaldienst durch unvordenkliche Erlegung des Dienstgeldes erlöschen lassen wollen. PVFENDORF T. 1. Obs. 224. Meister pract. Bemerkungen 2 Th. S. 208.

bloße Folgerungen sind, immer der, daß das gutsherrliche Recht, die Naturaldienste fordern zu können, eine res merae facultatis sey, indem es in seinem Belieben gestanden hätte, sie zu fordern oder nicht, auch in welcher Art er sie verlangen wolle, daß ihm daher keine Verjährung entgegen stehen könne, wenn er statt des wirklichen Dienstes, auch noch so lange Zeit, gleichsummiges Dienstgeld angenommen habe.

Will man diesen Hauptgrund gelten lassen, so muß man offenbar Folgendes voraussetzen und darauf weiter schliessen: Jedermann ist natürlich berechtigt von andern Dienste zu verlangen (dann erst hätte man eine rem merae facultatis): — Der Gutsherr, welcher sich solche in dem Leihevertrage zusichern läßt, verlangt dann dieselben nicht aus dem Contract, sondern aus seiner natürliche Berechtigung (ohne diesen Schluß würde man das absurdum deutlich behaupten, daß die Verbindlichkeiten, welche aus Verträgen entspringen, res merae facultatis wären): — Indem er nun während der durch das positive Recht bestimmten Zeit, innerhalb welcher die Contractsverbindlichkeiten eingefordert werden müssen, wenn das Einklagerecht

recht nicht verloren gehen soll, die Dienste entweder gar nicht fordert, oder wenigstens nicht in der Art, in welcher er sie vertragsmässig verlangen müßte, verliert er zwar das Forderungsrecht aus dem Vertrage, es bleibt ihm aber dasselbe nach Willkühr aus der ihm zustehenden natürlichen Befugniß, denn diese ist eine res merae facultatis, die selbst nach dem positiven Rechte durch das bloße Nichtverlangen innerhalb dreyssig Jahren nicht erlöscht. Wessen Vernunftlehre diese Prämissen und Folgen als richtig anerkennen mag, den wird schwerlich jemand vom Gegentheil überführen können, desto leichter aber den, der folgende Principien und Schlüsse für zulässiger hält: Zum Dienst ist niemand dem andern verpflichtet als durch Verträge und andre besondere Rechtstitel: — In dem Begriffe vom Bauer liegt die aus einem solchen Titel fliessende Schuldigkeit zu dienen, die bey dem positiven Dienst in dem Besitze der Bauernländerey ihren Grund hat: — Bey allen Arten der Leiheverträge — Zeit- Erbpacht- und Erb- und Zinsleihen — liegt der Grund der Dienstpflicht in dem Vertrage, welcher bey der Ueberlassung der Leihe entweder verbriest, oder unverbriest zwischen

dem Geber und Empfänger errichtet ist, und bey den die Ländereyn eigenthümlich besitzenden Bauern ist die ehemalige Dienstpflicht aus der Leihe ein auf der in Eigenthum verwandelten bauerlichen Besitzung haften gebliebenes dingliches Recht geworden: — Mithin ist die Einforderung der Dienste bey den Leihen aller Art ein Recht, das aus dem Vertrage entspringt, und wie andre Vertragsrechte der Verjährung unterliegt, wenn es innerhalb dreyssig Jahren nicht verfolgt wird; welche Zeit von dem Augenblick an zu laufen anfängt, in welchem eine dem Vertrage entgegen strebende Handlung (hier die erste Zahlung des Dienstgeldes statt des aus dem Contracte gebührenden Naturaldienstes) den Verletzten zu klagen berechtigt [i]): bey eigenthümlicher Bauernländerey aber erlöscht die Dienstpflicht durch die Verjährung gleich dinglichen Rechten ähnlicher Art [k]).

Ist

i) Pfeiffer vermischte Aufsätze über Gegenstände des Deutschen und Römischen Rechts S. 283.

k) Richtig entscheidet daher die Constit. elect. Sax. 4. P. 2. in Gemäßheit der Sächs. Verjährungs-

Ist nun das Recht, die Dienste zu verlangen, keine res merae facultatis, so folgt von selbst, daß, wenn sie der Nichteinforderung wegen durch die Verjährung gänzlich erlöschen müssen, sie bey einer Leihe, im Fall sie über dreyssig Jahre anders gefordert sind

jährungszeit: Wann die Bauern durch rechtliche Verjährung über 30 Jahr, Jahr und Tag, anstatt ihrer Dienste, ein Dienstgeld oder anderes, gleichförmig ohne Vermehrung oder Verminderung gegeben, und man die Dienste von ihnen haben wollte, sie aber solches zu thun sich wegerten, daß sie bey dem Dienstgelde und praescribirter Gerechtigkeit, (wo sonst keine andere Verträge vorhanden) bleiben und gelassen werden sollen. Also auch dargegen, da die Bauern, nach solcher Zeit das Dienstgeld nicht mehr geben, sondern die Dienste viel lieber thun wollten, so sey ihre Herrschaft auch solches anzunehmen nicht schuldig.

Hingegen verordnet das Preuss. Landr. 2. Th. 7. T. §. 428, 29, 31. daß dann, wenn klar nachgewiesen werden kann, daß die Unterthanen in ältern Zeiten wirkliche Naturaldienste geleistet haben, der Herrschaft die Forderung der Dienste in Natur dennoch nicht gewehrt werden soll, wenn dieselbe gleich noch so lange Zeit nur Dienstgeld angenommen und gefordert hat; den Fall ausgenommen, wenn der Unterthan die Leistung in Natur verweigert und die Herrschaft das Dienstgeld von ihm ferner angenommen hätte.

sind, als sie dem Contracte gemäs hätten gefordert werden sollen, entweder gar nicht mehr, oder nur so fortverlangt werden können, wie sie bisher angenommen worden sind. Leyser [l]), der zwar das Recht der Dienstforderung für keine rem merae facultatis hält, und in dem Falle die Verjährung zuläßt, wenn sie innerhalb dreyssig Jahren gar nicht eingefordert sind, vertheidigt dennoch, daß der Gutsherr, wenn er über dreyssig Jahre Dienstgeld genommen hat, zu dem Naturaldienst greifen könne, wenn es nur unbestritten wäre, daß solcher ehedem von dem Bauer hätte entrichtet werden müssen, und dieß zwar aus dem Grunde, weil ein Verpächter, der tausend Jahre ein gleichsummiges Pachtgeld empfangen hätte, dennoch nach dieser Zeit das verpachtete Gut zurückfordern könnte. Aber wie war es möglich, daß dieser scharfsinnige Gelehrte einen solchen Fehlschluß machen konnte! Ist denn davon die Frage: ob der Gutsher das Eigenthum des Erbpachtguts verliere, wenn er über dreyssig Jahre Dienstgeld statt des Natu-

l) Spec. 462. m. 29. Desselben Grundes bedient sich auch STRUBEN de jure Villic. c. 5. §. 21.

Naturaldienstes genommen hat? Denn nur dann würde sein Argument anpassend seyn: hier, wo nur davon die Rede ist: ob der Dienstherr sein Recht auf den Dienst in Natur verliere oder nicht, wenn er über dreyssig Jahre statt desselben Dienstgeld genommen hat? würde das fremde Recht, aus welchem jenes Argument entlehnt ist, unstreitig entscheiden, daß, wenn der Verpächter statt der höhern Pachtsumme eine geringere genommen, oder für die aus dem Contract gebührende Pachtentrichtung eine andre sich über dreyssig Jahre hat gefallen lassen, er fernerhin mit diesem zufrieden seyn müsse, ohne die erloschene Forderung aus dem Contract verfolgen zu können.

Eines gleich unzutreffenden Grundes bedient sich Pufendorf [m]), indem er den Rücktritt des Gutsherrn zum Naturaldienst auf immer für zulässig hält, weil angenommen werden müßte, daß er den als res merae facultatis zu fordern gehabten Dienst jährlich gegen das angenommene Dienstgeld verpachtet hätte, mithin zu jeder Zeit die verpachtete Sache zurücknehmen könne, weil diese der Pächter als solcher niemals durch die

m) a. a. O.

die Verjährung zu erwerben im Stande wäre. — Stillschweigende Contracte lassen sich aber nicht anders als aus solchen Thatsachen abnehmen, aus welchen sich logisch richtig der zu einem Vertrage nöthige Consens von beyden Theilen nothwendig folgern läßt: wie kann aber aus der Annahme des Dienstgeldes für den Dienst in Natur wohl eine jährliche Verpachtung des letztern gefolgert werden; und wie würde dieß, wenn es auch angenommen werden könnte, einen Grund abgeben können, den Rücktritt zum Naturaldienst für unverjährbar zu halten? Wenn der Gutsherr den ihm jährlich aus der Erbleihe schuldigen Dienst sich in Gelde entrichten läßt, so nimmt er für jedes Jahr eine Zahlung in Gelde, welche die jedesmalige Verbindlichkeit gänzlich hebt, ohne daß sich dabey eine Pacht, die eine Sache zum Gebrauch an einen andern überlassen muß, nur denken läßt. Sollte aber die Annahme der Dienstgeldzahlung für ein Jahr Naturaldienst eine Verpachtung des Naturaldienstes für die Zukunft bey einer Erbpacht zur Folge haben, so würde es bey diesem Vertrage, der sich überdieß hieraus gar nicht folgern läßt, in Zukunft verbleiben müssen, und ein einseiti-

seitiger Rücktritt zum Dienst in Natur wäre, da man bekanntlich nicht nach Belieben jährlich von einem Contracte abweichen kann, ganz unzulässig; mithin ist durch dieses Argument der Pufendorfschen Behauptung mehr Nachtheil als Vortheil geschaft.

Es scheint mir dienlich, diese Nummer mit der Bemerkung zu schliessen, daß aus den nämlichen Gründen der Dienstpflichtige, welcher über dreyssig Jahre, oder gar unvordenklich, statt des ehemals schuldigen Dienstes in Natur jährlich ein gewisses Dienstgeld erlegt hat, mit keiner ihm noch lebend zustehenden Klage oder Einrede verlangen könne, daß der Gutsherr sich aus seinem jeßt besitzenden Rechte begeben und zum ehemaligen Naturaldienst zurückgehen müsse [n]). Des Dienstpflichtigen Klagerecht, mittelst dessen er den Gutsherrn zwingen konnte, den Naturaldienst anzunehmen, erlöscht von seiner Entstehung an (diese fällt in das erste Jahr, in welchem er eine Geldzahlung leistet, die er nicht schuldig zu seyn glaubt, weil der Berechtigte nicht einseitig die Contractsverbindlichkeit umändern konnte

n) Das Gegentheil behauptet Meister in den pract. Bemerkungen 2. Th. S. 204. f.

te °)) nach dreyssig Jahren, ohne daß ein Widerspruch und eine Beruhigung bey demselben nöthig ist: und wäre man geneigt, aus stillschweigenden Verträgen zu argumentiren, so enthält ja wohl die unwidersprochene Zahlung des Dienstgeldes eine so lange Zeit hindurch eine solche Thatsache, aus der sehr logisch von Seiten des Verpflichteten eine stillschweigend bewilligte Umänderung des Dienstes gefolgert werden kann. Betrachtet man diesen Aufwurf nach der erwerbenden Verjährung von Rechten, einer Ansicht, die hier nicht aus dem unrichtigen Standpuncte gefaßt zu seyn scheint, so würde gar ein zehnjähriger Besitz, den Gelddienst zu fordern, den Gutsherrn schützen müssen.

VI.) Ist über die Entrichtung des Dienstes zwischen dem Gutsherrn und den Bauern ein besonderer Vertrag errichtet, in welchem man sich verabredet hat, daß die letzteren für den Dienst in Natur jährlich ein Dienstgeld entrichten sollen, dann haben einige aus der Voraussetzung, daß das Forderungsrecht der Dienste eine res merae facultatis sey, die der Rechtstheorie widerstrebende

o) Meister a. a. O. S. 210. n. 14.

bende Behauptung aufgestellt, daß es zu jeder Zeit in des Gutsherrn Belieben stehe, dieses Vergleichs ungeachtet, wieder von dem verglichenen Dienstgelde ab und zur Naturaldienstforderung zurückzugehen, es wäre denn daß der Vertrag entweder unwiederruflich, oder auf Nachsuchen der Dienstpflichtigen abgeschlossen worden sey r).

Jene Voraussetzung ist aber so grundlos als die Wahrheit ausgemacht ist, daß von einem Vertrage, wenn er nicht durch sich selbst dazu berechtigt, kein Theil einseitig abgehen darf. Es wird also nur noch auf den besondern Grund ankommen, mit welchem man jene sonderbare Behauptung zu unterstützen pflegt; und dieser ist kein anderer als die in der vorhergehenden Nummer von **Pufendorf** behauptete stillschweigende Verpachtung, die in der Annahme des Dienstgeldes für den Naturaldienst liegen soll, aus welcher gefolgert wurde, daß von dem Gutsherrn das verpachtete Recht zu jeder Zeit zurückverlangt werden könne. Diese Vermuthung, sammt der aus ihr abgeleiteten Folgerung,

r) WERNHER P. 9. Obs. 64. RAVE a. a. O. S. 259. schol. 2.

gerung, läßt man dann sogar eintreten, wenn in einem unbedingten Vertrage bestimmt worden ist, daß statt des Dienstes in Natur ein Dienstgeld entrichtet werden soll, und meint dieses in der L. 25. §. 4. D. de operis libert. gefunden zu haben, in der es heißt: Nonnunquam autem ipsis libertis postulantibus patroni operas *locant;* quo facto *pretium* magis operarum quam *mercedem* capere existimandi sunt. Offenbar hat der gänzliche Mißverstand dieses Gesetzes die Idee von der stillschweigenden Verpachtung des Naturaldienstes durch die Annahme des Dienstgeldes erzeugt, denn man verstand das locare so, als wäre von einem Handel zwischen dem Patronus und Libertus die Rede, da doch, nach Zusammenhang und Sinn, dieser Text unstreitig nur davon handelt, daß, wenn mit Einwilligung des Liberti der Patronus die ihm unbrauchbaren Dienste des erstern an andere überläßt, das dafür zu hebende Geld nicht für merces, sondern pretium gehalten werden müsse [q]): ist es nun klar, daß dieses Gesetz eine an sich unstatthafte stillschweigende Verpachtung der Dienste

q) Sehr richtig hat dieses Gesetz STRUBEN de jure Villic. c. 5. §. 22. erklärt.

sie an den Dienenden nicht begründet, so läßt sich aus ihm auch nicht folgern, daß dem Gutsherrn der Rücktritt von dem vertragsmässig zu hebenden Dienstgelde zum Dienst in Natur dann nur nicht gestattet werden könne, wenn der Vertrag auf Antrieb der Dienstpflichtigen — denn dieß schließt man aus den Worten: ipsis libertis postulantibus — abgeschlossen worden wäre.

Gänzlich abgesehen von jenem vorgeblichen stillschweigenden Vertrage und von der unstatthaften Anwendung der L. 25. auf den vorliegenden Fall, ist es wohl an sich ein Irrthum, einen ausdrücklichen Vertrag, der keinen Vorbehalt, noch besondere Ausbedingung enthält, in welchem ohne Zeitsetzung bestimmt ist: daß statt des Dienstes in Natur eine bestimmte Summe jährlich gezahlt werden soll, durch einen aus der Luft gegriffenen stillschweigenden Vertrag dahin deuten zu wollen, daß es dennoch in des Gutsherrn einseitigem Belieben stehen müsse, zu jeder Zeit den bedungenen Gelddienst zu verlassen und zum Naturaldienst zurückzugehen. Würde nicht vielmehr, wenn die einseitige Abweichung von demselben nicht so schon rechtlich unzulässig wäre, aus dem so

abgeschlossenen Vertrage folgen müssen, daß der Gutsherr, da die Dauer desselben auf keine Zeit beschränkt ist, sich den Rücktritt zum Naturaldienst ausdrücklich hätte ausbedingen müssen, wenn es ihm, seiner Einwilligung in die Annahme des Dienstgeldes ungeachtet, gestattet seyn sollte, jenen wieder wählen zu können?

Es kömmt also hier alles auf den Inhalt der Dienstverträge und Recesse selbst an, und da die in denselben möglichen Bestimmungen auf die richtige Beurtheilung der alsdann Statt findenden Verjährung der Dienste den größten Einfluß haben, so finde ich es nothwendig, die vorzüglichsten Fälle in Rücksicht auf diesen Gegenstand kurz anzuführen.

1) Wenn der Vertrag so lautet, wie er im Anfange dieser Nummer angeführt ist, kann es keinem der contrahirenden Theile erlaubt seyn, ohne Bewilligung des andern von demselben abzugehen: würde aber, des Vertrags ungeachtet, die Dienstherrschaft statt des Dienstgeldes den Dienst in Natur fordern und der Bauer denselben über dreyssig Jahre ohne Widerspruch leisten, oder die Dienstherrschaft statt des Dienstgeldes den Naturaldienst von dem Bauer ohne Widerrede

rede annehmen, dann ist das Recht aus dem Vertrage so wohl durch einen stillschweigenden, diesem entgegen stehenden Vergleich, als durch die erlöschende Verjährung gehoben, und es verbleibt bey der Leistung des Dienstes in Natur.

2) Lautet der Vertrag, durch welchen der Naturaldienst in Diensgeld gesetzt ist, dahin, daß es einem der contrahirenden Theile, oder auch beyden frei stehen soll, von demselben nach Belieben abzugehen, und wie vorher den Naturaldienst entweder zu fordern, oder zu entrichten, dann erlöscht dieß Zurücktretungsrecht nur mit dem Verluste der aus dem Contract auf diesen Punct zuständigen Klage. Da nun der Anfang der erlöschenden Verjährung sich nicht anders denken läßt, als wenn dem Berechtigten wirklich ein Klagerecht zusteht, ein solches aber in diesem Falle nicht eher existirt, als bis ein Theil den ihm frei gelassenen Rücktritt zum Dienst in Natur ausüben will, und der andre demselben widerspricht, so erlöscht die contractliche Befugniß zum Rücktritt auch nur nach dreyssigjähriger Beruhigung auf den erfolgten Widerspruch.

3) Bey Dienstrecessen, welche den Bauer zu Natural- oder zu Gelddiensten verpflichten, steht es nach dem gemeinen Rechte in des Verpflichteten Wahl, in welcher Art er den Dienst leisten will [r]), und der Dienstherr darf nur alsdann auf das Wahlrecht Anspruch machen, wenn ihn entweder der Vertrag selbst, oder Landesgesetze [s]) zu demselben berechtigen. Der Wahlberechtigte, wenn er gleich noch so lange einerley Dienst entrichtet oder fordert, bedient sich des ihm aus dem Vertrage zustehenden Rechts, und der die Wahl leidende kann sich, wenn dieß auch über dreyssig Jahre dauert, nicht dagegen setzen: von keinem läßt sich also bey diesem Verhältniß behaupten, daß er ein Klagerecht verlieren könne, weil kein Fall vorhanden war, wo er von demselben hätte Gebrauch machen müssen. Nur dann also, wenn der Wahlberechtigte auf einen Widerspruch des andern Theils das Wahlrecht aufgibt und sich über dreyssig Jahr dabey beruhigt, findet eine Verjährung desselben statt. Gesetzt nun, daß

r) LEYSER Spec. 419. m. 3. Meister a. a. O. 2. Th. S. 209. n. 12.

s) Preuss. Landrecht 2. Th. 7. Tit. §. 424.

daß die sämmtlichen Mitglieder einer Dorfschaft versprochen hätten, — ungemessene Dienste in Natur, wenn sie die Ordnung treffe, verrichten zu wollen, im Unterbleibungsfalle aber deren jedes das Dienstgeld nach herrschaftlichem Belieben, die Bauern mit 6 Gulden, und die Halbbauern mit 3 Gulden bezahlen sollten — und die Herrschaft 53 Jahre hindurch von den mehrsten bald Geld gefordert, bald den Dienst in Natur verlangt hätte, von ungefähr aber von einigen stets Dienstgeld erhoben worden wäre, und die Frage entstände: ob die letztern deshalb, weil von ihnen bisher kein Naturaldienst verlangt worden ist, sich gegen den jetzt gewählten Dienst in Natur mit der Verjährung desselben schützen könnten? so würde dieselbe aus den angeführten Gründen verneinend beantwortet werden müssen [t]).

4) Wenn der Dauer des Vertrags eine Zeit bestimmt war, und dieselbe abgelaufen ist, dann ist das Verhältniß beyder Theile in der Lage, als wenn nie ein solcher Vertrag vor-

t) Der Reichshofrath in Justitz- und Gnadens. 3. Th. n. 34. entscheidet eben so, seine Gründe scheinen mir aber nicht zutreffend zu seyn.

vorhanden gewesen wäre: hätte nun die Dienstherrschaft von dem Ablaufe jener Zeit an dennoch sich den Dienst über dreyssig Jahre in Gelde entrichten lassen, so würden in Absicht der Verjährung diejenigen Grundsätze eintreten müssen, welche in der Nummer V. vorgetragen sind.

III.) Diejenigen Bauern, denen man ein *dominium utile* an ihren Besitzungen zuschreibt,

haben nicht nur sehr verschiedne Benennungen, sondern sind sich auch in Absicht ihrer Berechtigungen sehr ungleich. Ehe der Gebrauch des fremden Rechts in Deutschland so allgemein wurde, daß man es für nothwendig hielt, alle, auch die aus der eigenthümlichsten Verfassung unsrer Nation entspringenden Geschäfte, nach demselben selbst dann zuzuschneiden, wenn dieses Recht völlig unpassend war, enthielt die Leihe (Beneficium) das vollständigste Benutzungsrecht der überlassenen Sache für übernommene Abgaben (Zinsen) und Dienste. Schon in den Zeiten der fränkischen Monarchie hatte dieser Contract seinen eigenen Nahmen, und man dachte nicht daran, denselben nach Grundsä-

tzen der römischen Miethe, oder eines andern Geschäfts zu beurtheilen. Das Recht, welches er dem Empfänger gab, war weder eine nach römischer Vorschrift abgemessene Uebertragung des Perceptionsrechts der Früchte, noch ein fein begrenzter Ususfructus; und da seine Dauer von dem Willen des Gebers abhing, so konnte der Leihemann nicht berechtigt seyn, auch nur an die Uebertragung seines Rechts an einen andern zu denken. Die Bauern, welche noch gegenwärtig in diesem, jeden Antheil am Eigenthum ausschliessenden, verbrieften oder unverbrieften Verhältnisse stehen, sind von mir, wie ich hoffe, mit Recht zu den Erbpächtern in der weitern Bedeutung gerechnet worden.

Viele dieser alten Leihen, die Militairlehne mit eingeschlossen, nachdem sie unvordenklich von Erben auf Erben übergegangen waren, verwandelten sich theils durch Herkommen [v]), theils durch aufgekommene Verbriefung in eine Erbpacht im engern Sinn.

 Nach-

v) Beyspiele von durchgefochtener Erbpacht aus dem 13 und 14ten Jahrhundert s. bey Gesenius a. a. O. 1. Th. S. 369. f., weshalb man die Vorsicht gebrauchte, sich in den Erbpachtbriefen das freie Entsetzungsrecht ausdrücklich vorzubehalten. Derselbe S. 372.

Nachdem das fremde Recht überall verbreitet war, entstand die Frage: welches Klagerecht dem Erbpächter zur Verfolgung seiner an der Leihe selbst zuständigen Rechte gegen die Beeinträchtiger einzuräumen sey? und dasselbe entschied, daß, wenn gleich dem Erbpächter keine aus dem wirklichen Eigenthum fliessende vindicatio, oder andre dingliche Rechtsmittel zugeschrieben werden könnten, ihm dennoch zu seiner Bequemlichkeit quasi in rem actiones (oder utiles) nicht verweigert werden könnten [w]). Von diesen nach

w) Diese römische Erbpacht war anfänglich nur bey Municipalitäten gebräuchlich, nachher gaben aber auch Privatpersonen agros vectigales aus. Je häufiger nun dieser Contract wurde, desto mehr Streitigkeiten entstanden über die unter den Contrahenten Statt findenden Verhältnisse, weil die dem Erbpächter nach L. 1. §. 1. D. si ager vectigalis gestatteten actiones in rem utiles eine allmählige Verwandlung des Pachtrechts in ein dingliches Recht bewirkt hatten — welches sich unter andern aus der L. 31. D. de Pign. ergibt, die dem Besitzer eines agri vect. die Verpfändung desselben erlaubt — und manche Besitzer ihr Recht für ein erkauftes ausgaben. Eben so war es mit der Superficies ergangen, die eigentlich auf einem Pachtcontract beruhte L. 1. pr. D. de Superfic., jedoch

nach der Billigkeit (utiliter) verliehenen dinglichen Klagen benannten die Glossatoren diejenigen Rechte, aus welchen sie flossen, dominium utile, und setzten dasselbe dem wahren Eigenthum, das directe Klagen gab, entgegen. Ungeachtet nun diese Rechtsgegenstände, welche actiones in rem utiles erzeugen, nach dem fremden Rechte unter sich so sehr verschieden sind, daß die Natur eines jeden für sich ausfindig zu machen ist, hielten es dennoch die Glossatoren und ihre Jünger für gut, eine gemeinschaftliche Natur für alle diese Rechte zu erschaffen, sie mit dem Nahmen dominium utile zu belegen, und unter dieselbe so gar auch solche Gegen-

doch auch kaufweise erhalten seyn konnte. Weil es dadurch ungewiß wurde, welche Klage man dem Superficiar gegen einen Dritten, ihn im Besitz Beunruhigenden, zugestehen müsse, so verlieh ihm der Prätor quasi in rem actionem c. L. §. 1. und aus diesem dinglichen Rechtsmittel folgerte man einen usumfructum oder usum c. L. §. 6. — Um diese bey den häufigern agris vectigalibus vorkommenden Zwiste zu heben, verordnete K. Zeno in der L. 1. C. de jure emphyteutico, daß dieß unter dem Nahmen emphyteusis ein eigener von der Miethe und dem Kaufe verschiedener Contract seyn solle, den nachher K. Justinian weiter ausgebildet hat.

genstände, die ausser dem fremden Rechte lagen, zu begreifen, wenn sie nur eine contractlich überlassene erbliche Benutzung einer Sache für zu entrichtende Leistungen enthielten [x]).

Von der Zeit an waren Emphyteusis, Superficies und bauerliche Erbleihe von so einerley rechtlicher Beschaffenheit, als wenn sie in dem Titel des Codex de jure emphyteuticario enthalten gewesen wären. Was von diesem, von den Kaisern zu einem eigenen Contract erhobenen Gegenstande verordnet war, ließ man auch bey den andern gelten, mithin beurtheilte man die für die Benutzung der Erbleihe zu entrichtenden Dienste und Abgaben wie den emphyteutischen Canon — man ließ ohne Rücksicht auf die Abstammung vom Erwerber die Erbfolge nach dem gemeinen Rechte zu — gestattete testamentliche Verordnung über dieselbe — und erlaubte die Veräusserung, wenn dem Eigenthümer nur die Alienation zur Ausübung des Vorkaufsrechts gemeldet worden

x) Vergl. die schöne Thibautsche Abh. über dominium directum und utile in der Versuchen über einzelne Theile der Theorie des Rechts 2. Th. S. 89, 97.

den war. Selbst in die ältern deutschen Rechtsbücher, die von unpassenden, aus dem fremden Rechte entlehnten Grundsätzen voll sind, ging diese Vorstellung über, und das schwäbische Landrecht [y]), das sich hierin vorzüglich auszeichnet, behandelt die Erbleihe unter der Benennung Leibgeding völlig nach den Grundsätzen der röm. Emphyteuse, und lehrt unter andern auch dieses: „Will man das Gut anwerden, so soll man es dem Herrn anbieten ee dann ander Leut: und will er als vil darum geben als ein ander Mann, so gebe man ims: will er das nicht, so geb er es wem er wolle sein Recht.“

So unrichtig es ist, das sogenannte dominium utile als einen Maßstab für den Gehalt aller Gegenstände anzunehmen, die man nach dem römischen Rechte mit einem solchen versehen zu seyn glaubte, so war es doch noch unverzeihlicher einen Gegenstand des deutschen Rechts, die Leihe auf Erbrecht, auf die nämliche Weise zu behandeln. Gern hätte man ihr hierin das Feudum zugesellt, wenn diesem nicht durch das longobardische Lehnrecht seine eigene Natur erhalten worden wäre; man begnügte sich daher es nur im Allge-

y) Cap. 305. der Senkenb. Ausgabe.

Allgemeinen mit einem solchen dominio zu begaben, um durch diesen hohlen Kunstausdruck die ächte Natur des vasallischen Rechts zu verdunkeln [z]), welches in dem vollständigen Nießbrauch einer Sache, der sich nach der Natur derselben richtet, besteht, und dem, wie bey der römischen Erbpacht, nur noch die sonst im wirklichen Eigenthum liegenden dinglichen Rechtsmittel gegen jeden Beeinträchtiger utiliter zugestanden sind. Bey den vor dem sechszehnten Jahrhundert erblich gewordenen Bauerleihen hingegen wurden jene aus einem dominio utili abgeleiteten Grundsätze fast überall herrschend, und man gestattete dem Inhaber, so wohl in einem letzten Willen über dieselbe zu verordnen,

z) Dieser Vorstellungsart ist es zu verdanken, daß, statt das lehnrechtliche Verhältniß genauer zu prüfen, die Natur der zu Lehn gegebenen Sachen, an welchen man ein Eigenthum suchte, im Lehnrechte weitläuftig abgehandelt wurde, bey welcher Gelegenheit von den ältern Feudisten, die von der richtigen Kenntniß mancher lehnbaren Gegenstände ganz entblößt waren, die sonderbarsten Behauptungen aufgestellt worden sind, wovon das dominium utile bey großen Reichslehnen ein auffallendes Beyspiel gibt. S. meine Abhandl. über das Staatseigenthum in den deutschen Reichslanden §. 13.

nen, als auch unter Lebenden sie zu veräussern, wenn die Veräusserung nur dem Gutsherrn zur Ausübung des Vorkaufs gemeldet worden war. Diese Umwandlung hatte die Gutsherren auf die Schmälerung ihres Rechts aufmerksam gemacht, und sie suchten die Leihen dadurch bey ihrer ursprünglichen Beschaffenheit zu erhalten, daß sie die Meier- und Landsiedelcontracte auf bestimmte Zeit setzten, oder sich ausdrücklich vorbehielten, nach Willkühr über dieselben schalten zu können. Als die Zeitumstände dessen ungeachtet eine Verwandlung der Leihen in eine Erbpacht im strengern Sinne herbeyführten, herrschten schon aufgeklärtere Begriffe in der Rechtsgelehrsamkeit, und man wußte eine bloße Erbleihe von einer Emphyteuse zu unterscheiden; wenigstens haben die Schriftsteller des vorigen Jahrhunderts, die in den Ländern, in welchen diese Umwandlung erfolgte, großes Gewicht hatten, diesen Unterschied durch einleuchtende und der Natur der Sache angemessene Gründe durchgesetzt.

Die Benennungen **Erbpacht**, **Erbzinsrecht**, **Erbverpachtungsrecht**, **Erbzinslehn**, mit welchen man die römische Emphyteuse und die nach ihr jetzt mit einem

domi-

dominio utili versehenen Bauerngüter andeuten will [a]), unterscheiden diese Güter von der Erbpacht so wenig als die leztere durch die Nahmen Erbpacht, Erbbestand von den erstern genau abgesondert werden kann. Bey beyden Gattungen findet ein Erbrecht statt, welches dasjenige Recht, das vererbt wird, ganz unbestimmt läßt; wegen beyder Güterarten werden Abgaben entrichtet, die man Zins genannt hat, die also bey der einen wie bey der andern Art Erbzins heissen können [b]); bey beyden endlich findet eine Pacht statt, weil dieß Wort von pactum herkömmt [c]), und ein solches so wohl der Emphyteuse als der eigentlichen Erbpacht zum Grunde liegt. Da also die Benennungen keinen Unterschied unter beyden liefern, so beruht derselbe lediglich auf den rechtlichen Bestimmungen, durch welche sich die eine von der andern Art wesentlich unterscheidet, und

a) Repertorium juris priv. voce: Emphyteusis.

b) Lennep a. a. O. 1. Th. S. 388. CLAPROTH D. de Praediis rusticorum in universum, imprimis illis, quae Zins- et Erbenzinsgüter audiunt, in der Samml. jurist. phil. und crit. Abhandl. S. 158.

c) LUDEWIG jus client. p. 176. CLAPROTH a. a. O. S. 97.

und diese bestehen nicht in der Erblichkeit und in der Entrichtung des Zinses, denn in Absicht der erstern kommen beyde mit einander überein, und in Rücksicht auf den letztern wird bald ein canon, bald eine der Benutzung entsprechende Abgabe, unter diesem Ausdruck begriffen, sondern darin, daß in der Emphyteuse die Berechtigung liegt, sie unter Lebenden und auf den Todesfall an andre überlassen zu können, wenn nur bey dem eigentlichen Veräusserungsfalle dem Eigenthümer die Ausübung des Vorkaufsrechts gelassen wird.

Nur bey denjenigen Bauerngütern also, bey welchen diese Kennzeichen des emphyteutischen Rechts eintreten, läßt sich ein dominium utile, seiner ihm von jeher beygelegten Wirkung nach, annehmen, da hingegen alle diejenigen, bey welchen dieses Veräusserungsrecht gar nicht, oder doch nicht anders als mit gutsherrlicher Bewilligung statt hat, zu den Erbleihen gerechnet werden müssen. Aus dieser Ursache gehören also die Lehne, sie seyn feuda militaria oder rustica, nicht zu den mit einem dominio utili versehenen Gütern [d]). Vielleicht möchte Zweifel entstehen,

d) Schon war es auch bey den Lehnen dahin gekommen,

stehen, ob nicht bey der eigentlichen Erbleihe deshalb ein solches dominium anzunehmen sey, weil das fremde Recht bey dergleichen Pachten quasi in rem actiones dem Pachter zugestand, hieraus sich die Ideen zu demjenigen Rechtsverhältnisse bildeten, auf welches die Kaiser die Emphyteuse pfropften, und diese letztere in der Folge unter der Kunst-

kommen, besonders nach dem Mailändischen Gebrauch BITSCH Comment. in consuet. feud. p. 267., aus dem so viel Abgeschmacktes im longob. Lehnrecht herrührt, daß in gewissen Fällen ein von dem Lehnherrn unbewilligtes Veräusserungsrecht Statt fand, bey dem man dem Lehnherrn nur den Vorkauf zugestand. Dieß erzählt der Feudist in II. F. 9. und bemerkt zugleich, daß diese der Natur der Lehne zuwiderlaufende Veräusserungsfreiheit von dem K. Lothar gänzlich aufgehoben worden sey. Fällt nun dieses Veräusserungsrecht durch die kaiserl. Constitution weg, so findet von selbst der bey demselben gestattete lehnherrliche Vorkauf keine Anwendlichkeit, und es ist auffallend mit BOEHMER Princ. jur. feud. §. 287. aus dem angeführten Text dem Lehnherrn einen solchen in dem Falle beylegen zu wollen, wenn das Lehn mit seiner Bewilligung verkauft wird. Die ältern Rechtsgelehrten erzwangen dieses Recht, und so gar einen Retract, aus dem Dominio utili, und die neuern schreiben es nach, ohne zu ahnden, daß sie eine Inconsequenz fortpflanzen.

Kunstbenennung dominium utile der gemeinsame Maßstab für alle Rechte wurde, die ausser dem Nießbrauch noch einige andere aus dem Eigenthum fliessende Befugnisse enthielten. Allein zu der Zeit, als die nicht schon in Emphyteusen umgewandelten, sondern noch bestehenden Leihen in Erbpachte übergingen, wußte man wohl, daß die Leihe ihre ursprüngliche Natur dadurch nicht verlieren konnte, daß sie erblich wurde; und da der Gutsherr nur so wenig als möglich von seinem Rechte nachließ, die Benennungen der Klagen in Deutschland nicht in Betracht kamen, und die Hauptwirkung des nach der Emphyteuse gebildeten Begriffs vom dominio utili in einem freien, nur durch den gutsherrlichen Vorkauf beschränkten Veräusserungsrechte lag, so erhielt man den Begriff von der Erbleihe rein von allen fremdartigen Bestimmungen, die nur die fehlerhafte Kenntniß des fremden Rechts selbst, und die Unkunde einheimischer Gegenstände, von der Emphyteuse her, über die erblich gewordenen Bauernleihen hatte bringen können.

Alle Bauerngüter, bey welchen ein emphyteutisches Veräusserungsrecht eintritt, gehören zu dieser Classe, sie mögen entweder in

åltern oder in neuern Zeiten wirklich als Emphyteusen ausgegeben seyn, oder es mag die erblich gewordene Leihe durch Unkunde der Sache und des Rechts, und den aus dieser geflossenen Landesgebrauch, unter der Benennung Erb- und Zinsgut wie eine Emphyteuse in diesem Punct behandelt werden. In Absicht der letztern Art sind die mehrsten Rechtsgelehrten der Meinung, daß sie auch in allen übrigen Bestimmungen wie römische Emphyteusen genommen werden müßten [e]); einige hingegen behaupten, daß, da der Irrthum erweislich sey, durch welchen die Erbleihen unter die Kategorie von dominium utile gekommen und dadurch zu Emphyteusen geworden sind, dieselben in solchen Puncten, wo die Landesgesetze und das unbezweifelte Herkommen nicht die römischen Bestimmungen von der Emphyteuse eingeführt hätten, nach ihrer eigenthümlichen deutschen Natur beurtheilt werden müßten, nach welcher die Zinsen kein canon sind; — die Lehnwaare kein laudemium ist; — der Verlust

e) Ohne aus dem großen Haufen welche zu nennen, führe ich einen übrigens sachkundigen Mann an, **Lennep** a. a. O. 1. Th. S. 215.

Verlust der Erbleihe nicht gerade wegen zwey- oder dreyjähriger Nichtentrichtung des Zinses, sondern nur aus denjenigen Gründen eintritt, derentwillen eine Ausholung Statt hat; — die Verleihung sich nicht auf jede Erben, sondern nur auf die Nachkommen des Erwerbers erstreckt — und in dem Veräusserungsrecht nicht die Disposition auf den Todesfall liegt [f]). Ein Erb- und Zinsgut nach diesen Grundsätzen genommen, nennen sie emphyteusin Germanicam, und behaupten, daß bey deutschen Bauern eine solche, und nicht eine römische vermuthet werden müsse [g]).

Sey es nun eine römische, oder eine deutsche Emphyteuse, so ist es doch eine solche, weil sie das freie Veräusserungsrecht als den Hauptbestandtheil des dominii utilis voraussetzt. Beyde Arten entspringen unstreitig aus einem Vertrage, der, so lange er dauert,

 wech-

f) CH. G. HOFFMANN Collat. jur. nat. Romani et can. circa doctr. de Emphyteusi cum LL. et moribus Germaniae cap. 4. de POST D. de origine et natura juris censitici hereditarii Germ. ejusque praecipuis ab emphyteusi Romana differentiis, Gött. 1789.

g) STRUBEN de bonis Meierdingicis §. 1. CLAPROTH a. a. O. §. 16.

wechselseitige Verbindlichkeiten zwischen dem Gutsherrn und dem Innhaber erzeugt, welche mittelst der aus dem emphyteutischen Contract fliessenden persönlichen Klagen verfolgt werden müssen. Nur das Recht, welches der Emphyteut an der Sache erhält, gehört zu den dinglichen, weil es in einer sonst nur im Eigenthum liegenden Veräusserungsbefugniß besteht, und überdieß noch dingliche Rechtsmittel gegen jeden Beeinträchtiger in demselben hervorbringt. Da nun die Dienstpflicht zu den Verbindlichkeiten gerechnet werden muß, die aus dem Contract entspringen, und mit der Klage aus dem Contracte verfolgt werden müssen, so ist es von selbst einleuchtend, daß bey den Fragen, welche die erlöschende Verjährung derselben betreffen, diejenigen Grundsätze Platz greifen müssen, die in dem Abschnitte von den Erbpachtbauern vorgetragen worden sind.

IV.) Diejenigen Bauern, welche an ihrer bauerlichen Besitzung volles Eigenthum haben,

können dieselbe ohne gutsherrliche Bewilligung [h]), ja ohne Anbietung zur Ausübung des

h) Wo Landesgesetze eine Bestätigung erfordern,

des Vorkaufs, unter Lebenden und auf den Todesfall frei veräussern, und wenn sie den auf den Grundstücken dinglich haftenden Zins nicht entrichten, verlieren sie dieselben deshalb nicht, sondern der Zins muß ausgeklagt werden [i]), und wenn über das Vermögen des Bauern Concurs ausbricht, wird der Zinsherr mit seiner Forderung in die erste Classe gesetzt [k]). In Obersachsen, wo diese Bauern die häufigsten sind, heissen sie Zinsbauern, ihre Besitzungen Zinsgüter, schlechte

dern, geschieht sie von dem Gerichtsherrn, und wenn dieser zugleich Gutsherr ist, so confirmirt er nur in der erstern Qualität. SCHOTT inst. jur. Sax. ed. Hauboldi p. 123.

i) Repert. jur. privati voce: Censitica bona. TENZEL D. de probatione et reprobatione bonorum censit. c. 1. §. 9. LEYSER Spec. 102. m. 1—4. GOEBEL de jure et jud. rustic. c. 2. §. 2. von Kreittmayr Anmerk. ü. d. cod. Bav. 4. Th. S. 487.

k) In diese gehören auch die Rückstände, welche der Gutsherr bey der Emphyteuse und der Erbpacht zu fordern hat, weil die Grundsätze des fremden Rechts vom locario bey Zeitpachten, in diesen Fällen, wo der Gutsherr nicht fidem gibt, gar nicht in Anwendung kommen können. Fischer Cameral- und Polizeyrecht 1 Th. §. 1227.

Zinsgüter, Zinslehne, Erbe [l]), und die Dienste, welche zu ihren gewöhnlichen Pflichten gehören, Frohn- oder Herrendienste [m]).

Aus der bisher entwickelten ältern Verfassung des Bauernstandes in Deutschland ist es einleuchtend, daß Leute, die unter die Kategorie vom Bauer gehören, weil sie bauerliche Lasten entrichten, nicht ursprünglich freie Eigenthümer ihrer Besitzungen gewesen seyn, und etwa nur übertragungsweise (modo constitutivo) Zinsen, besonders aber Dienste, übernommen haben können; es muß daher lediglich der von oben herab beförderten Einwirkung des fremden Rechts zugeschrieben werden, daß eine so gänzliche und unnatürliche Umwandlung der alten Leihen in ein volles Eigenthum erfolgt ist. Wie dieses geschehen sey, werde ich deshalb berühren müssen, weil die Rechtsgelehrten sich verschiedene Vorstellungen von den Gütern dieser Bauern gemacht haben, und ich den gefaßten Vorsatz aus-

l) FRITSCH Tr. de jure et statu pagorum in Germ. c. 7. §. 2.

m) SCHOTT a. a. O. p. 116. Von einigen werden die Freigüter, denen gar keine gutsherrlichen Lasten obliegen, s. oben S. 47. Not. e mit diesen Bauerngütern vermengt, Runde §. 523.

ausführen will, einmal eine ganz bestimmte Classification der deutschen Bauern bey Gelegenheit meines Hauptzwecks zu verschaffen.

Das sächsische Landrecht und dessen Glosse theilt die Bauern ein in Zinsleute und Erb- und Zinsmänner. Die Zinsleute waren von zweyerley Art: 1) bloße Zeitpächter, die nicht zu den Gütern behörig waren, und nach verlaufener Pachtzeit das Gehöft räumen mußten [n]); 2) zum Gute gebohrne Leute, die man Lassen und Pflegehaften nannte. Die letztern hatten eine Erbleihe im weitern Sinne, und saßen auf derselben nach Willkühr des Gutsherrn (auf Herrengunst), durften also nichts von ihr veräussern, und vererbten sie nur auf ihre gleichfalls zum Gute gebohrnen Nachkommen [o]). Die auf einen

n) 2. B. Art. 59. 3. B. Art. 77.

o) Glosse zum 76. Art. B. 3. nach der Gärtnerschen Ausg. S. 490: Zinsgut ist auch zweyerley, das ist, es mag es einer zweyerley Weise bekommen, nemlich von Erbe, oder durch Gabe. Die es von Erbrecht haben, die sollen dazu gebohren seyn, und die mag man von dem Gute nicht weisen. Zum andern wird es eines also daß man es ihm mit Zinsrecht gibt als hie und Art. 79. B. 3. (wo von dem Erb- und Zins die Rede ist.) Vergleiche

Erb- und Zinscontract sitzenden Bauern waren, wie schon im Vorhergehenden bemerkt ist, später in Mode gekommen; man bediente sich dieser Art der Ansiedelung zu erst um unangebauete Länderey in Cultur zu bringen [p]), mit der Gemeinwerdung des fremden Rechts aber wurden diese Contracte häufiger, und völlig nach den Grundsätzen von der Emphyteuse beurtheilt: diese hiessen **Landsassen**, und waren dasselbe, was im südlichen Deutschlande nach dem schwäbischen Landrechte die freien Landbauer sind [q]).

Bald

gleiche die in der folgenden Note q angeführte Glosse zum Art. 79. B. 3.

p) 3. B. Art. 79.

q) Glosse zum Art. 79. B. 3.: Auch merke hier, daß zweyerley Zinsgut ist. Mit etlichen ist es also gethan, daß man es nicht verkaufen mag. Solches haben die **Lassen**, die seind dazu gebohren, und auf wen sie erben sollen, der muß auch also dazu gebohren seyn: diese sind fast eigen; man heißt sie auch **Pfleghafften**. Die andern, welche Zinsgut haben, seind alle Gebauer, die da Erbzinsgut haben. Diese vererben das Gut und was sie sonst andres übrig lassen, über ihren Zins, auf ihren nächsten Erben, mögen auch das Gut, wem sie wollen, verkaufen, doch daß sie ihrem Herrn erst den Kauf anbieten. Und

also

Bald entstand, wie in dem übrigen Deutschland, auch in den obersächsischen Gegenden darüber Zweifel: unter welchem Rechtstitel die Lassen oder Pfleghaften, die persönlich frei geworden waren, die innehabende Bauernländerey besässen, da sie darüber nicht, wie bey dem Erb- und Zins, verbriefst wurden, und auch nicht alle die Leihen mit einer Lehnwaar zu erneuern verpflichtet waren [r]). Für Emphyteusen hielt man diese Güter deshalb nicht, weil jene im sächs. Rechte offenbar nur als Ausnahmen von der Regel vorkommen und verbriefst wurden; für Lehn nicht, weil kein Militairdienst dafür entrichtet wurde; für Eigenthum nicht, weil es nicht wie Erbe durch gerichtliche Auflassung an andre übertragen werden konnte, sondern nur auf die Nachkommen der Erwerber überging, und an den Grundherrn dafür Zins entrichtet wer-

also ist das, so diese an den Gut gleich als eigen haben, die Besserung. — Diese heissen Landsassen: das sind arbeitende Bauern, L. 3. C. de jure emphyt.

r) Bey vielen ist dieses aber herkömmlich, wie die in der Folge angeführte Const. el. Sax. 39. P. 2. ergibt, ohne daß hieraus auf ein Feudalverhältniß geschlossen werden darf. DE SELCHOW l. c. §. 6, 7.

werden mußte [s]). Weil man aber in den damaligen Zeiten gewohnt war, alle Rechts- ver-

s) Ich will dieß mit der Glosse zum 79. Cap. B. 3. des sächs. Landr. belegen, die man mißverstanden und dahin zu deuten gesucht hat, als würde durch sie dem Zinsmanne ein volles Eigenthum beygelegt, da sie doch offenbar das Gegentheil davon enthält: „Ich will dir allhie vier Stück vom Zinsgut und den Zinsleuten anzeigen. Erstlich: ein Zinsgut ist weder Eigen, Erb noch Lehn; doch leihet man es im Land zu Sachsen ohne Mannschaft dem, der es kauft (es ist zweifelhaft, ob hier nicht von einem Kaufe aus der Hand des Leihers die Rede ist; will man aber den Glossator von einem Kaufe, den der Besitzer vorgenommen hat, verstehen, so ist von einem Erbzinsgute hier die Rede, welches die Glosse, wie ihr Schluß, der in der vorhergehenden Note q angeführt ist, enthält, als die zweyte Gattung der Zinsgüter aufstellt); daß ist aber nichts anders; denn daß man damit anzeigt, daß es der Herren Willen sey. Es ist aber darum kein Eigen daß der Herr darauf einen Zins habe (dieß ist gegen die aus dem fremden Rechte raisonnirenden Rechtsgelehrten gesagt, die den censum für einen constitutivum hielten und hieraus auf Eigenthum des Besitzers schlossen), denn das Eigen hat man ohne allen Zins (wohl gesprochen, denn die Abgaben und Dienste gebührten dem Gutsherrn der überlassenen Leihe wegen). Erbe ist es auch nicht, darum, daß es

verhältnisse nach den Grundsätzen des fremden Rechts zu beurtheilen, so nahm man an, daß, weil der Innhaber und dessen Vorfahren im Besitze sich befänden, der Gutsherr das Eigenthum, das er in Anspruch nähme, nach der Strenge des fremden Rechts beweisen müsse, widrigenfalls für den Besitzer zu erkennen sey, da es nach der Glosse zum C. 6. X. de relig. dom. möglich wäre, daß die Zinsen (an die Dienste dachte man nicht) übernommen seyn könnten, und so dem Dienstherrn an der Sache selbst kein Eigenthum gäben [t]). Dieser Vorstellung war es zuzuschreiben, daß zur Zeit des Glossators schon in der Mark Brandenburg der Zinsmann in Absicht des Veräusserungsrechts ungebundner

war

es auch nicht, darum, daß es der Richter niemand aufgeben mag (d. h. daß es nicht vor Gericht an einen andern in dessen Eigenthum übergeben werden kann. Dieß ist eine Folge dessen, was dieselbe Glosse sagt: mit etlichen Zinsgut — nämlich solchen, welches die Lassen besessen — ist es also gethan, daß man es nicht verkaufen mag). Auch ist es kein Lehn, weil man Zins davon gibt.

t) Die Nahmen der so raisonnirenden ältern Rechtsgelehrten s. bey FRANZKIVS a. a. O. n. 55.

war als der Erb- und Zinsmann v). Bald kam es auch in Sachsen dahin, daß man diese Güter entweder für volles Eigenthum hielt, oder doch für Emphyteusen; und weil unter den Rechtsgelehrten ein großer Zwist darüber obwaltete: ob für die eine, oder die andre Beschaffenheit, besonders in Rücksicht auf den Verlust wegen Nichtentrichtung der Zinsen, vermuthet werden müsse w)? so entschied Kurfürst **August** auf Erachten der Rechtsgelehrten in Leipzig und Wittenberg x), eines **Schneidewin**, **Wesenbeck**, **Thoming** und andrer, in der 39sten Constit. P. 2. diesen Gegenstand also: „Nach gemeinem kais. „Recht ist ein Unterschied zwischen Erb- und „schlechten Zinsen“ (man sieht hier, daß **Schneidewin** und Cons., wie auch die Consultationes constit. Sax. ergeben, zuförderst die Vermuthung für Eigenthum aus dem Besitze aufgestellt und hierauf einen censum constitutivum angenommen hatten); „dann „von wegen schlechter Zinse, bona censitica „genannt,

v) Glosse zum Art. 59. B. 2.

w) Die Autoritäten für jede dieser Behauptungen s. gleichfalls bey FRANZKIUS a. a. O. n. 82, 83.

x) Von diesen s. SCHOTT a. a. O. S. 26. n. 2.

„genannt, macht sich der Zinsmann des Guts „nicht verlustig, wenn er gleich die Zins da„von gebührlich nicht entrichtet, welches in „den Erb-Zins-Gütern geschieht; zu dem, „so wird allein die erbliche Nutzbarkeit des „Guts, utile dominium, in den Erb-Zins„Mann, emphyteutam, gewandt, und behält „der Lehnherr darauf das Grundeigenthum, „directum dominium, aber solches beydes, „nehmlich directum et utile dominium, hat „ein jeglicher schlechter Zins-Mann in al„len solchen seinen Gütern."

„Etliche machen auch diesen Unterschied, „daß die Erb-Zins-Güter, so oft der Fall „sich an den Lehnherrn, oder auch Besitzer, „durch Absterben begibt, oder, wenn sie „alienirt, in die Lehn wieder genommen und „der Lehnherr erkannt werden muß; welches „in den Zins-Gütern nicht geschieht, also „auch pflegen oftmals Lehnbriefe vorhanden „zu seyn, daraus zu ersehen, daß der Lehnherr „ihm (sich) das directum dominium vorbe„halten."

„Alldieweil aber jetziger Zeit, auch die „schlechten Zins-Güter, an vielen En„den müssen in die Lehn genommen „werden, ist es schwer, einen gewissen Un-

„ter-

„terschied zu treffen, es sey dann ein Lehn„brief vorhanden, daraus man der Sache „gewiß seyn könnte. Dann wann das Gut „im Lehnbrief für ein Erb-Zins-Gut verlie„hen, und der Herr ihm (sich) das domi„nium directum vorbehalten, so wäre es „für ein Erb-Zins-Gut zu achten. Oder „aber, da einem aus rauher Wurzel ein Gut „um einen Zins zu einem Erb-Zins-Gut „eingethan (Landr. 3, B. Art. 79.), und ein „Lehnbrief darüber gemacht, so wäre es auch „pro emphyteusi zu halten, sonsten ist aus „Emphahung der blossen Lehn, darinn nichts „gewisses zu schliessen, sintemal auch die „Zins-Güter, wie gemeldet, in die Lehn „empfangen werden.“

„So viel nun betrifft, ob im Zweifel, son„derlich wann der Lehnherr den Zins-Mann „ob non solutum canonem priviren will, „das Gut pro emphyteusi, oder für ein „schlecht Zins-Gut zu achten, haben unsre „Verordnete das Billigste zu seyn vermey„net und dahin geschlossen, daß in dubio die „Güter censitica bona zu halten, und daß „der Besitzer ob non solutum censum, der„selben nicht zu priviren, sondern den verses„senen Zins zu erlegen, und die Gerichtsko-

„sten,

„sten, die dem Herrn aufgegangen, zu erstat-
„ten schuldig, und daß diesfalls gleichwohl
„auch eine wirkliche Strafe erkannt werden
„möchte, wider die, so muthwillig und vor-
„setzlich solche Zinse auf Ermahnung und
„Erinnerung nicht erlegt hätten; welches
„Wir Uns auch also gefallen lassen, und soll
„als Kraft Unsrer Constitution zu Recht al-
„so gesprochen und erkannt werden.“

Wie gewöhnlich, sind bey dieser berühmten Streitigkeit, über Vermuthung für Eigenthum oder Emphyteuse, Juristen aufgetreten, die einen Mittelweg eingeschlagen haben: einige behaupten, daß man bey allen Zinsgütern ein dominium directum dem Zinsherrn zugestehen müsse, weil dieß der Entstehungsweise der deutschen Bauern angemessen sey, die sich noch jetzt, wo nicht durch die Belehnung, doch durch die Zins- und Dienstpflicht derselben satsam äussere; meinten aber, daß durch dasselbe weder das freie Veräusserungsrecht der Bauern auf irgend eine Weise beschränkt werde, noch das Gehöft wegen Nichtentrichtung des Zinses eingezogen werden könne [y]). Andre liessen dieses so beschränkte, also nur dem

y) CASP. ZIEGLER D. de praediis censiti-

 cis

dem Nahmen nach existirende dominium directum nur bey denjenigen Zinsgütern Statt finden, welche in Lehn genommen und mit einer Lehnwaar recognoscirt werden müssen [z]). Offenbar haben diese Zwischenmeinungen auf das Wesentliche der Sache keinen Einfluß, mithin gehören jetzt alle Zinsgüter, bey welchen ein freies Veräusserungsrecht und kein Verlust wegen Nichtentrichtung der Zinsen und Dienste eintritt, zu den wirklich eigenthümlichen Gütern der Bauern.

Die Dienste, welche die Bauern dieser Güter wegen an die Gutsherren unter dem Nahmen Frohn- und Herrendienste entrichten, werden nicht mehr aus dem längst erloschenen ehemaligen Leihecontract gefordert, sondern haften als eine dingliche Schuldigkeit auf den Eigenthumsstücken der Zinsbauern, und können also nicht mittelst einer persönlichen Klage aus einem Vertrage, sondern nur durch dingliche Rechtsmittel (confessoria utili, oder actione in rem scripta) ver-

cis rural. §. 25, 30. u. f. FRITSCH Tr. de jure et statu pagorum c. 7. §. 3.

z) FRANZKIVS c. l. c. 10. n. 68. HEINECCIUS Elem. jur. Germ. L. 2. Tit. 2. §. 34.

verfolgt werden. Lauhn [a]) behauptet zwar, daß, da die Dienstpflicht aus der ehemaligen Behörigkeit der Bauern entsprungen sey, sie auf der Person, wegen der zu geniessen habenden Gutsnutzung, und nicht auf den Gütern selbst hafte, weshalb auch der Rechtssatz angenommen sey: der Bauer dient, wie er bespannt ist; dieß ist aber eine auf unrichtige Voraussetzung gebauete und undeutliche Begriffe verrathende Aeusserung. Der Bauer war, wie im Vorhergehenden bemerkt ist, der Leihe wegen behörig, der Dienst selbst eine Entrichtung für die Benutzung derselben, und wenn er gleich in Person dienen mußte, so wurde der Dienst doch nicht wegen der Person, sondern des Guts willen entrichtet. Nach der Größe des letztern, richtete sich die Größe der Dienstpflicht, und diese blieb eine aus dem Contract zu leistende Verbindlichkeit, nachdem die Leihe zur wirklichen Erbpacht geworden war, hörte aber mit dem gänzlichen Erlöschen der Leihequalität auf eine Contractsforderung zu seyn, und wurde eine Last, die auf dem volles Eigenthum gewordenen Gute haftete. Wäre aber auch die Lauhnsche Darstellung des

a) Ueber die Frohndienste der Bauern, §. 16.

bauerlichen Dienstverhältnisses die richtige, würde dennoch die Forderung zu den dinglichen gehören, weil sie nicht aus einem noch jetzt vorhandenen Contracte, wie dieß der Fall bey den Lehndiensten ist, flöße, sondern an der Person haftete; daher jene den Dienstmodus betreffende Regel auch nur bey persönlichen und ausserordentlichen Diensten in Anwendung kommen kann [b]).

Das bisher über die Natur dieser Bauern Vorgetragene ergibt unleugbar, daß die ältern Rechtsgelehrten die Besitzungen derselben dadurch in Eigenthum verwandelten, daß sie die Zinsen und Dienste für constitutive Lasten hielten, mithin müssen die bey der Verjährung der Dienste anwendlichen Grundsätze aus dem aushülflichen fremden Rechte von den oneribus constitutivis entlehnt werden [c]), und die erlöschende Verjährung, wie sie bey der Contractsverbindlichkeit Statt fand, kann bey dieser Art der Dienstpflicht nicht in Anwendung kommen. Nach der gemeinen Meinung der Rechtsgelehrten wird die Dienstberechtigung durch Verjährung, wie eine

b) Runde Beyträge zur Erl. rechtl. Gegenstände 1. Th. n. 7.

c) RAVE a. a. O. §. 78.

eine römische Dienstbarkeit erworben. Wer durch diese eine affirmative Servitut erlangen will, muß in dem Besitze (quasi possessio) dieses Rechts seyn, und in diesem ist, der Natur der Sache nach, Jemand dann, wenn er das Recht an der in eines andern Eigenthum befindlichen Sache so, daß dieß der Eigenthümer wissen konnte, also nicht heimlich, ohne Gewalt und nicht bittweise ausübt; dauert dieser Besitz ununterbrochen die in den Gesetzen zur Verjährung erforderte zehnjährige Zeit (longum tempus) hindurch, so ist das Recht durch die Präscription wirklich erworben [d]). Da nichts so natürlich ist, als daß ein Recht auf die Weise wieder verloren gehen muß, auf welche es erworben werden kann, so hätten in Absicht der Entfreiung von der constitutiven Dienstlast dieselben Grundsätze angenommen werden müssen, die das römische Recht über die Befreiung von den affirmativen Servituten durch den Nichtgebrauch enthält: denn es war ja wohl sehr natürlich, daß die Dienstpflicht — welche dadurch entstehen kann, daß der mit derselben jetzt Belastete den we-

d) L. 10. D. si servit. vind. L. 1. C. de Servit. RAVE §. 67, 69.

der heimlich, bittweise und mit Gewalt verlangten Dienst zehn Jahre lang unweigerlich leistete — wieder verloren gehen müsse, wenn der Berechtigte, in dessen freier Willkühr die Einforderung des Dienstes steht, dieselbe eine eben so lange Zeit hindurch unterläßt, da doch bey den Diensten die schuldige Leistung nicht anders erfolgen kann, als wenn der Dienstherr dieselben einfordert *).

Unge-

*) Von der extinctiven Verjährung, die in dem Verluste eines zuständigen Klagerechts besteht, wenn innerhalb einer gesetzlich bestimmten Zeit von demselben kein Gebrauch gemacht wird, kann hier die Rede nicht seyn, weil dem Berechtigten, da der Schuldige blos still saß und die Exaction erwarten mußte, kein Klagerecht zustand, welches bey der contractlichen Verbindlichkeit zum Dienst sogleich vorhanden ist als das Forderungsrecht existirt, und wenn es nicht ausgeübt wird, durch die erlöschende Verjährung verloren geht. Bey Rechten, die mit einer dinglichen Klage verfolgt werden müssen, findet zwar auch eine extinctive Verjährung der letztern Statt, es muß aber auch ein Verlust des Rechts selbst angenommen werden. Da dieses durch den blossen, mit den bemerkten Erfordernissen versehenen, Besitz (usu) erlangt werden konnte, so zog die Nichtbenutzung des Besitzes (non usus) natürlich den Verlust desselben wieder nach sich. Bey dinglichen Rechten begründet daher

Ungeachtet also bey dem Nichtgebrauch des Dienstforderungsrechts alle die Gründe eintreten, derentwillen bey Servituten aus dieser Ursache ein Verlust derselben Statt findet, so nahmen die mehrsten Rechtsgelehrten doch nur eine halbe Vergleichung der als constitutive Last betrachteten Dienstpflicht mit den Dienstbarkeiten an, indem sie die erwerbende Verjährung nach römischen Rechtsprincipien bey derselben zuliessen, die durch den Nichtgebrauch erlöschende aber deshalb verwarfen, weil sie das Einforderungsrecht der Dienste für eine, keiner Art der erlöschen-

daher die extinctive Verjährung nur den Verlust der Klage, der non usus hingegen den Verlust des Rechts selbst: ist nun der Verlust des Rechts durch den letztern eingetreten, so ist eine extinctive Verjährung nicht mehr denklich, weil mit dem Rechte zugleich das Klagerecht aus demselben verloren ist. Vielleicht ist hierdurch der Unterschied zwischen erlöschender Verjährung und Verlust durch den Nichtgebrauch noch schärfer bestimmt, als ihn **Pfeiffer** in den vermischten Aufsätzen über Gegenstände des teutschen und römischen Rechts S. 286. f. angegeben hat, denn der letztere kann nur bey solchen Rechten eintreten, die, wie die Dienstbarkeiten, durch den nicht heimlichen, gewaltsamen und bittweise ausgeübten Gebrauch innerhalb zehn Jahren erworben werden. Vergl. oben S. 66, 67.

den Verjährung unterworfene, res merae facultatis hielten. Ohne dasjenige zu wiederholen, was im Vorhergehenden gegen diese Behauptung gesagt ist, fällt gerade hier das Lächerliche derselben klar in die Augen; denn wie können Rechte, die man ihrer Zuständigkeit nach den Servituten gleich schätzen muß, in Absicht des Nichtgebrauchs für res merae facultatis gehalten werden; würde dann nicht, weil es dem dominans frei stand, von seinem Rechte Gebrauch zu machen oder nicht, die servitus viae u. s. w. mit gleich gutem Grunde für eine res merae facultatis gehalten werden müssen?

Kann ich nun ohne alles willkührliche Postulat annehmen, daß die als ein constitutives Recht zuständige Dienstherrlichkeit nichts weniger als eine res merae facultatis sey, so folgt von selbst, 1) daß sie durch den gänzlichen Nichtgebrauch nach Verlauf von zehn Jahren gänzlich verloren gehe; 2) daß sie in tantum erlösche, in quantum der non usus eintritt, und 3) daß, wenn statt des Dienstes in Natur über zehn Jahre lang Dienstgeld gefordert worden ist, der Nichtgebrauch des erstern diesen aufgehoben, und der Gebrauch des letztern dieses zum rechtlichen

chen Daseyn gebracht habe. Guter Glaube, oder eine usucapio libertatis, ist von Seiten des Verpflichteten nicht erforderlich, weil es bey diesen Rechten gegen die auf die Natur des usus gegründete gesetzliche Anordnung so wohl der erwerbenden als der erlöschenden Verjährung anstossen würde, wenn vom Justinian in L. 16. §. 1. C. de usufr. und L. 13. C. de servit. eine solche nothwendig gemacht worden wäre [f]): auch kann das Kap. 20. X. de Praescript. um so weniger hier anwendlich werden, weil man von dem Dienstschuldigen, der die Dienstforderung erwarten mußte, nicht sagen kann, daß er eine Verbindlichkeit nicht erfüllt habe, vielmehr die Vermuthung eintreten muß, daß der Dienstberechtigte, durch den Nichtgebrauch seines Rechts eine so lange Zeit hindurch, stillschweigend auf sein Recht Verzicht thue [g]). Uebrigens versteht es sich 4) von selbst, daß, wenn über die Dienste Recesse und andre Verträge errichtet worden sind,

 in

f) Daß dieß nicht geschehen sey, ist überzeugend dargethan von Thibaut über Besitz und Verjährung S. 57. und Pfeiffer a. a. O. S. 297.

g) Pfeiffer a. a. O. S. 308, 9.

in Absicht der dann Statt findenden Verjährung die nämlichen Grundsätze eintreten müssen, die schon im Vorhergehenden (S. 96. u. f.) vorgetragen worden sind, weil dort, so gut wie hier, einerley Verbindlichkeit zum Grunde liegt, mithin auch einerley Principien über die Verjährung angenommen werden müssen.

Sollte es Jemand einfallen, zu behaupten, daß, so wie bey jährlichen Renten die Verjährung für jedes einzelne Zahljahr zu rechnen sey, auch bey dem jährlich zu fordernden Dienst das Nämliche Statt finden müsse, dem gebe ich zu bedenken, a) daß in der L. 7. §. 6. C. de Praescript. 30. ann. aus welcher dieses Argument genommen ist, nur von der erlöschenden Verjährung einer Verbindlichkeit aus einem wirklichen oder Quasicontract die Rede ist; b) hier aber von einem dinglichen Rechte gehandelt wird, das durch den usus, qua jus ipsum, entstand, und daher durch den non usus auch das ganze Recht wieder verloren gehen muß, und daß c) in dem angeführten Gesetze der Fall vorliegt, wenn der aus einem Vertrage verbundene Schuldner jährlich etwas geben muß (de obligationibus, quae dationem per

per singulos annos continent), welcher von dem gegenwärtigen, wo der Berechtigte seine dingliche Forderung erst in Anregung bringen muß, sehr verschieden ist.

Ganz neuerlich hat Herr Prof. **Thibaut**, dessen Verdienste um das Civilrecht ich hoch schätze, die Lehre aufgestellt, daß die Erlöschung eines Rechts durch den Nichtgebrauch nur bey servitutibus rusticis affirmativis und bey personalibus Statt finde, weil kein Gesetz gesagt hätte, daß alle Rechte durch Nichtgebrauch erlöschen sollten, vielmehr nur die allgemeine Regel existire: In so fern Jemand, welcher hätte klagen können, nicht geklagt hat, in so fern geht sein Klagerecht in 30 Jahren verloren. — Hieraus folgert er, daß bey allen Rechten, die keine römischen Servituten der obigen Art sind, selbst bey einheimischen deutschen Rechtsgegenständen, wenn bey ihnen gleich alle Eigenschaften einer römischen Dienstbarkeit einträten, derentwillen bey letztern die erwerbende Verjährung durch den zehnjährigen usus, und die Erlöschung durch den zehnjährigen non usus vestgesetzt worden ist, doch nur die extinctive Verjährung nach der L. 3. 4. C. de praescript. 30. vel 40. ann. Statt

finde

finde [h]). Diese Behauptung berührt meinen Gegenstand so unmittelbar, daß ich nicht ausweichen kann, meine Gedanken über dieselbe an den Tag zu legen. Zuförderst kann ich es, gestützt auf Herrn **Thibauts** (trefliche) Theorie der logischen Auslegung des römischen Rechts, nicht richtig finden, daß, um nach dem römischen Rechte den Verlust durch Nichtgebrauch bey allen andern Rechten Platz greifen zu lassen, bey welchen dieselben Gründe eintreten, die ihn bey der Servitut einführten, es nöthig gewesen wäre, dieß ausdrücklich auf diese Rechte zu erstrecken. Theils war dieß deshalb entbehrlich, weil das jus in re nach dessen Gattungen seine Bestimmung in Absicht des Verlusts durch Verjährung erhalten hatte, und der Begriff von Servitut so umfassend war, daß er alle das Eigenthum zum Vortheil eines andern beschränkende Rechte enthielt: theils sprach ja das römische Recht ausdrücklich seine ausdehnliche Anwendbarkeit an mehreren Stellen aus [i]); und was würde

h) Ueber Besitz und Verjährung S. 156, 57.

i) Nam, ut ait Pedius, quotiens lege aliquid, unum vel alterum introductum est, bona occasio

würde auch von der Brauchbarkeit dieses Rechtskörpers zu halten seyn, wenn man jedesmal einen casum in terminis in demselben aufsuchen müßte?

Dann scheint es mir, als wäre aus Vorliebe zu dieser restringirenden Lehre der ohne sie sehr zusammenhängenden Theorie von der Verjährung offenbare Gewalt angethan. Um consequent zu seyn, mußte behauptet werden, daß dasjenige, was von der erwerbenden Verjährung in Absicht des Eigenthums und der Servituten im römischen Recht enthalten ist, ebenfalls nicht auf Rechte ähnlicher Art erstreckt werden dürfe, und daraus floß die Folge: daß alle Rechte, deren Erwerblichkeit durch Verjährung nicht sanctionirt ist, nicht unter den Grundsätzen der erwerbenden Verjährung ständen, sondern unter den Grundsätzen der erlöschenden Verjährung, weil letztere jedes Recht faßte, das klagend hätte geschützt werden können. Hätte sich daher Jemand ein Recht als das seinige angemaßt, und solches ausgeübt, so verliere der, gegen den es ausgeübt wird, nach 30 Jahren das Recht, die

occasio est, caetera, quae tendunt ad eandem utilitatem, vel interpretatione, vel certe jurisdictione suppleri. L. 13. D. de Legibus.

die fernere Ausübung zu hindern, wenn er von der ihm zu diesem Zweck zustehenden Klage bis dahin keinen Gebrauch gemacht hat [k]). Dieß heißt mit andern Worten, es gibt für andere Rechte als Eigenthum und Servitut im römischen Rechte keine erwerbende Verjährung, und der Besitzer des weder heimlich, noch gewaltsam, noch bittweise erlangten Gebrauchs eines Rechts ist in dem Besitze desselben nur durch den Verlust des Klagerechts des Belasteten gedeckt. Schon in dem Begriffe der Einrede: daß das Leben der Klage erloschen sey — liegt es aber, daß sie mit Wirkung nur demjenigen zustehen kann, der sich gegen die Anmassung eines ihn beeinträchtigenden Rechts schützen will, und daß sie dem, der ein solches Recht ausübt, oder fordert, nicht einmal indirect, wie es Herr Thibaut will, nützlich seyn kann: denn wenn der Belastete, der kein Klagerecht mehr hat, den Berechtigten von der Ausübung seines Rechts verdrängt, welches er leicht thun kann und thun wird, da er in dem körperlichen Besitze seiner Sache ist, so hat der letztere, weil er keine Gewalt brauchen darf, kein Recht,

k) Thibaut a. a. O. S. 115.

das er mit einer Klage verfolgen könnte, denn man hat ihm den adquisitiven Erwerb desselben deshalb versagt, weil sein Recht weder zu dem Eigenthum noch zu den Servituten gehört. Wer wollte nun nicht lieber eine analogisch ausdehnende Erklärung des römischen Rechts in diesem Puncte zulassen, als ihm eine solche auffallend große Unvollständigkeit beymessen?

Vielleicht vereinigt man sich noch über folgende Darstellung dieser Sache. Das römische Recht hat nirgends erklärt, daß das jus in re, welches so gut als das jus ad rem ein generischer Begriff ist, ausschließlich aus gewissen speciebus bestehe, wenn gleich nur von einigen Gattungen desselben vorzüglich gehandelt ist. Eine derselben, das dominium, war so umfassend, daß alle Rechte, die Jemand zustanden, unter demselben begriffen wurden, und waren dieß jura in re, aber von keiner so eminenten Art, daß es der Mühe gelohnt hätte, sie unter eigenen Rubriken aufzustellen, so galt von ihnen alles, was von dem Eigenthum, in welches sie gehörten, bestimmt war. Eigenthum an körperlichen Sachen konnte man durch Besitz im gröbern Verstande, wenn er un-

unter-

unterbrochen eine gesetzliche Zeit hindurch gedauert hatte, erwerben (usucapiren); dieß ließ man in der Folge auch bey Rechten Statt finden, die zwar nicht im gröbern Verstande, aber durch die Ausübung in der That (quasi) besessen wurden, wenn sie nicht gewaltsam, nicht bittweise und so öffentlich an einer fremden Sache eine eben so lange Zeit hindurch geübt waren, als zur Usucapion einer körperlichen Sache erfordert wurde: ein zur Uebertragung des Eigenthums sonst erforderlicher Titel war bey ihnen deshalb nicht nöthig, weil der Eigenthümer durch die Ausübung wußte, daß sich Jemand an seiner Sache eines Rechts bediene. Lediglich diese bey dem Eigenthum Statt findenden Grundsätze machte das römische Recht bey einem häufig vorkommenden Rechte dieser Art, der Servitut, ausdrücklich anwendlich, mithin ist kein Grund vorhanden, warum es einer ausdrücklichen Ausdehnung dieser, die erwerbende Verjährung im Allgemeinen betreffenden, Rechtssätze bedurft hätte, vielmehr würde es inconsequent gewesen seyn, wenn das römische Recht aus einer allgemeinen Quelle fliessende Sätze von einem einzelnen Ausflusse wieder auf die Quelle zu-

rück-

rückzuleiten für nöthig gefunden hätte. Dasselbe, was in Betreff der Verjährung des Eigenthums körperlicher Sachen verordnet war, galt auch von den unkörperlichen, nur mit Rücksicht auf die in der Natur begründete Verschiedenheit der Art, wie der Besitz möglich war. Kam der gröbere Besitz körperlicher Sachen unter den nöthigen Erfordernissen an einen andern und besaß dieser 3 oder 10 Jahre, so erwarb er das Eigenthum und der vorige Eigenthümer verlor dasselbe des verlornen Besitzes wegen: bey Rechten, die blos usu besessen und dadurch erworben waren, verlor man das Eigenthum derselben non usu, und der vorher durch dieselben beschränkte und leidende Sacheigenthümer vertheidigte sich gegen verjährte Anmassung nicht mit der Einrede, daß das Klagerecht des Prätendenten erloschen sey (praescriptione actionis), sondern durch die Einrede, daß das Recht selbst non usu zu existiren aufgehört habe [t]).

Gesetzt, daß dieß nach römischen Rechtsprincipien noch Zweifel unterworfen wäre, so fällt doch aller Scrupel nach den Grundsä-
zen

t) Vergl. S. 134 Note e.

ßen des deutschen Rechts dahin. Die Catalogen der römischen städtischen und ländlichen Servituten m) sind keine Formen für die deutschen, und zu den unsrigen gehören viele Gegenstände, welche die Römer nicht kannten, die aber dennoch unter die Kategorie von Servituten gehören, so bald der Begriff, den das römische Recht von einer Servitut gibt, bey ihnen auffindlich ist. So hatten die Römer keine Servitut, die in faciendo bestand, weil sie es der Freiheit nachtheilig hielten, Personen – denn nur an servis konnte man dingliches Dienstrecht haben — einer Sache wegen zum Dienst zu verpflichten n); wenn sich gleich jeder für sich und seine Erben zum vollständigern Nutzen einer Dienstbarkeit durch einen Vertrag zum Thun verbindlich machen konnte, z. B. eine Mauer,

m) Beyläufig sey hier bemerkt, daß die Frage: ob eine Servitut zu der einen oder andern dieser Arten gehöre? nicht nach dem praedio dominante bestimmt, sondern, ohne Rücksicht auf dasselbe lediglich darnach entschieden werden muß, ob sie in dem einen oder dem andern Catalog stehe.

n) Der Grund, daß durch Handlungen eines Dritten Niemand vollkommen verpflichtet werden könne, Thibaut Versuche 1. Th. n. 2. scheint mir nicht genügend.

Mauer, die zum Tragen fremder Balken dienen mußte, in baulichem Stande zu erhalten o). In Deutschland aber, wo der Behörige nicht zu den Sachen gerechnet wurde, sondern ein wirkliches Staatsmitglied war, entsprang seine Dienstpflicht, die er der Benutzung des ihm geliehenen Grundstücks wegen leistete, aus einem Contract: mit der Umwandlung der Leihe in ein dominium plenum wurde diese Verbindlichkeit der Sache anklebend, und gegen jeden Besitzer derselben mit einer dinglichen Klage verfolgt, welche die Rechtsgelehrten mit bestem Fuge von der Servitut utiliter entlehnten, weil die Verbindlichkeit zum Thun, die nach dem römischen Rechte neben der Servitut vertragsweise vorhanden seyn konnte, in Deutschland von dem Besitze des mit dem Dienst belasteten Grundstücks unmittelbar abhing. Es ist also gar kein Grund vorhanden, warum man die deutschen im Thun bestehenden Dienstbarkeiten, wenn die Verbindlichkeit zu selbigen auf Sachen ruht, nicht für Servituten halten, und alle die rechtlichen Bestimmungen

 aus-

o) L. 33. D. de servit. praed. urban. WESTPHAL de libert. et servit. praed. p. 364.

aushülflich annehmen wollte, die das fremde Recht seinen Dienstbarkeiten gegeben hat. Hieraus folgt dann die Richtigkeit meiner Behauptung von selbst, daß die Dienste, die Kraft solcher Dienstberechtigung gefordert werden, nicht wie annui, ex contractu debiti, reditus nach der L. 7. §. 6. C. de preascript. 30. ann. verjährt werden.

Am Schlusse dieses Abschnitts mag eine Bemerkung Platz finden, die gerade hierher gehört und von Wichtigkeit ist. Bekanntlich leisten in mehreren Ländern die Bauern nicht blos an die Landeshoheit, an ihre Gemeinheit, und an den Gutsherrn Dienste, sondern auch an andre Personen, z. B. den Gerichtsherrn p). Diese letztern Dienste, wenn sie nicht aus einem Vertrage entspringen, der als eine factische Sache erwiesen werden muß, sind bey den von mir aufgestellten und von einander unterschiedenen vier Bauernclassen, wie eine constitutive, auf der bauerlichen Besitzung haftende, Last zu betrachten, mithin müssen in Betreff ihrer Verjährung diejenigen Grundsätze anwendlich werden, die in diesem von den Eigenthum

p) Runde Grundsätze §. 494.

thum besitzenden Bauern handelnden Abschnitte ausgeführt worden sind.

B) Die negative Dienstpflicht der deutschen Bauern besteht in der Verbindlichkeit derselben, zum Vortheil andrer sich in Betreff gewisser Handlungen ihrer natürlichen Freiheit nicht bedienen zu dürfen. Mittelst der dieser Dienstpflicht entgegen stehenden Dienstherrlichkeit kann der zu der letztern Berechtigte den Pflichtigen nicht zwingen, gewisse positive Handlungen vorzunehmen, sondern er ist nur befugt, zu seinem Vortheil dem letztern zu wehren, die sonst in der natürlichen Freiheit liegenden Handlungen nach Belieben ausüben zu können. Diese, die natürliche Freiheit eines andern zum Vortheil des Berechtigten beschränkenden Gerechtsamen, nennt man mit einem völlig anpassenden Nahmen Bannrechte. Aus diesem von dem Bannrechte gegebenen Begriff fließt von selbst, a) daß es von der im Thun bestehenden Dienstbarkeit ganz verschieden ist, weil durch die letztere positive Handlungen, z. B. Spann- und Handdienste, erzwungen werden können, da hingegen Kraft des Bannrechts nur eine sonst natürlich freie

Handlung anders zu üben verwehrt werden darf, als es der Vortheil des Berechtigten mit sich bringt; so kann z. B. der zum Bierzwange Berechtigte die Verpflichteten nicht zwingen, daß sie ihm das Bier abkaufen müssen, sondern er darf nur verlangen, daß sie, wenn sie Bier brauchen, dieses von keinem andern als von ihm nehmen [q]); b) daß es auch nicht mit dem Nahmen — Zwangrecht — belegt werden darf, weil diese Benennung das Erzwingen positiver Handlungen von einem zu denselben Verpflichteten andeutet. Unstreitig ist es aber, daß das Bannrecht dem römischen Rechte so unbekannt ist, als es die im Thun bestehende Dienstbarkeit war, und zwar aus dem nämlichen, im Vorhergehenden angeführten, Grunde, wenn dasselbe gleich in Absicht beyder aushülfliches Recht seyn kann, da sie in demselben nur nicht als species von dem generischen Rechte vorkommen, unter welches sie ohne Zweifel gestellt seyn würden, wenn sie die Römer gekannt hätten.

Die im Thun bestehende Dienstbarkeit gehört zu den affirmativen Servituten, weil durch dieselbe der Besitzer eines Grundstücks zum

q) Pfeiffer a. a. O. S. 223.

zum Dienen verbunden ist, und nur die durch das Grundstück bewirkte Verbindlichkeit, zu einer von dem Besitzer vorzunehmenden Handlung, enthielt das dem fremden Rechte Unbekannte an derselben: Die Bannngerechtigkeit gehört zu den negativen Servituten, und ihre Verschiedenheit von den römischen Dienstbarkeiten dieser Art liegt allein darin, daß bey den letztern der Besitzer des mit denselben behafteten Grundstücks gewisse, sonst aus dem Eigenthum der Sache fliessende, Befugnisse zum Vortheil eines andern nicht ausüben durfte, weshalb die Sache selbst für dienstpflichtig angesehen wurde; bey den Bannrechten aber ist der Besitzer eines Grundstücks, als solcher [r]), in Absicht eini-

 ger

r) Bekanntlich theilt man die Bannrechte ein in persönliche und in dingliche, und rechnet zu den erstern den Handwerkszwang. Da mich hier nur die dinglichen, und zwar die auf der bauerlichen Länderey ruhenden, welche auch die häufigsten sind, angehen, so will ich von ihrer Natur folgendes anführen. Sie entspringen aus der Behörigkeit, in welcher sonst die Bauern zu dem Herrngut standen, und diese war eine Folge des alten Leiheverhältnisses: nachdem die Bauern frei geworden sind, sind sie als dingliche Lasten auf den Bauerngütern, sie seyen Leihen oder Eigenthum,

ger aus der persönlichen Freiheit fliessenden Rechte zum Vortheil eines andern beschränkt. Mit demselben Grunde, aus welchem sich behaupten läßt, daß es in Deutschland Dienstbarkeiten gibt, die in faciendo bestehen, läßt sich vertheidigen, daß es welche gäbe, die in non faciendo beruhen, wenn man, wie bey den Bannrechten geschieht, das Nichtthun nicht blos auf die aus dem Eigenthum der Sache entspringenden Rechte, sondern auch auf die persönlichen Berechtigungen des Besitzers ausdehnt [s]). Der species nach sind

thum, haften geblieben und verpflichten die Besitzer, weil sie ursprünglich gutsherrlichen Grund und Boden inne haben und bewohnen. Bey demjenigen Landeigenthum, bey welchem dieser Grund zur Bannpflicht nicht eintritt, wie bey der zur Pfarre gehörigen Länderey und den Freigütern, findet auch in der Regel diese Verbindlichkeit nicht Statt. Uebrigens darf die natürliche Freiheit der Unterthanen zum Besten andrer Privatpersonen, zu welchen hier auch der Fiskus gerechnet werden muß, Wahlcap. Art. 19. §. 6, von der Landeshoheit durch Privilegienertheilung durchaus nicht geschmälert werden. PUFENDORF T. 2. Obs. 53.

s) Beyde lassen sich nicht unter die gemeinschaftliche Rubrik — von Dienstbarkeiten die im Thun

sind beyde Arten der Dienstbarkeit dem deutschen Rechte eigen, und hieraus folgt, daß bey ihnen das deutsche Recht jus in thesi seyn müsse; wenn dieses aber in Absicht aller Bestimmungen keine hinlängliche Auskunft gibt, so ist das fremde Recht bey ihnen aushülflich, nach demselben gehören die im Thun bestehenden Dienstbarkeiten zu den servitutibus affirmativis, und die Bannrechte zu den negativis.

Zur erwerbenden Verjährung einer negativen Dienstbarkeit ist der Besitz desjenigen Rechts erforderlich, durch welches die aus dem Eigenthum einer Sache fliessende Freiheit beschränkt wird; in diesen kann aber niemand anders gelangen, als wenn er sich gegen den Gebrauch eines aus der natürlichen Freiheit entspringenden Rechts factisch setzt, und der Eigenthümer sich bey diesem Widerspruch 10 Jahre beruhigt. Dasselbe tritt auch bey der Erwerbung einer Banngerech-

K 5 tig-

Thun bestehen — bringen Pfeiffer a. a. O. S. 224, wohl aber könnte man diese so fassen — von Dienstbarkeiten, durch welche die Person, der Sache wegen, zum Handeln verbunden wird — weil die Handlungen thätliche und unterlassende seyn können.

tigkeit ein, denn wenn gleich einige [t]) bey derselben eine dreyssigjährige Beruhigungszeit deshalb erfordern, weil, da das römische Recht diese Gattung der Dienstbarkeit nicht kenne, sie unter die allgemeine in L. 3. und 4. C. de praescript. 30. annor. bestimmte dreyssigjährige Verjährungszeit gezogen werden müsse, so ist diese Meinung doch offenbar irrig; theils, weil in dem Rechte selbst keine Verschiedenheit von der römischen Servitut dieser Gattung liegt, sondern nur in dem Gegenstande [v]), theils, weil die angezogenen Gesetze, wie ihr unbezweifelter Sinn lehrt, nicht von der erwerbenden, sondern von der die Klage erlöschenden Verjährung handeln [w]), von welcher hier gar die Rede nicht ist.

In Absicht der erlöschenden Verjährung dieser Rechte verwirft Herr Thibaut den Verlust derselben durch Nichtgebrauch gänzlich, weil er denselben allein bey den nahmhaften römischen Dienstbarkeiten Statt finden läßt, und nimmt ebenfalls aus den angeführ-

t) RAVE a. a. O. §. 84.

v) Pfeiffer a. a. O. S. 224.

w) Thibaut über Besitz und Verjährung S. 117.

geführten Gesetzen eine blos erlöschende Verjährung an, wenn sich der Berechtigte bey einem voraufgegangenen Widerspruch 30 Jahre beruhigt hat [x]). Andre lassen zwar den Verlust dieser Rechte durch den Nichtgebrauch, und zwar nach der gewöhnlichen Zeit, zu, erfordern aber von Seiten des Verpflichteten einen voraufgängigen Widerspruch, weil diese Rechte nur durch eine anmassende, den Besitz herbeyführende Thatsache erworben werden könnten, mithin auch nur auf demselben Wege durch eine dem Besitze widersprechende und dadurch aus demselben setzende Handlung wieder verloren gehen müßten [y]). Da die Thibautschen Gründe schon geprüft sind, wird es nur noch einer Berücksichtigung der letztern Meinung bedürfen, um diesen Gegenstand nach dem gemeinen Rechte richtig bestimmen zu können. Daß die Servituten, und zwar die ländlichen, durch den blossen zehnjährigen Nichtgebrauch erlöschen, ohne daß es eines Widerspruchs von Seiten des Verpflichteten bedarf, und ohne daß dazu eine usucapio libertatis nöthig ist, kann ich wohl als eine

jetzt

x) a. a. O. S. 156, 57.

y) Pfeiffer a. a. O.

jeẓt fast allgemein angenommene Wahrheit voraussetzen [z]). Ist nun durch das eben Angeführte dargethan, daß die Banngerechtigkeiten, denen die Bauern öfters unterworfen sind, unter die Kategorie von servitus rustica negativa gehören, so müssen diese Dienstbarkeiten durch den blossen non usus, dem Rechte selbst nach, erlöschen, wenn der Verpflichtete weder heimlich, noch gewaltsam und bittweise sich seiner natürlichen durch das Bannrecht beschränkt gewesenen Freiheit bedient, und der zum Bann Berechtigte sich dabey zehn Jahre lang beruhigt hat. Zur Wiedergelangung in den verloren gewesenen Besiẓ der natürlichen Freiheit ist ja nichts weiter nöthig, als daß man sich derselben durch Handlungen bedient; da hingegen es zur Entziehung derselben, der Natur der Sache nach, nothwendig ist, daß sich jemand durch einen Widerspruch gegen dieselbe in den Besiẓ des Beschränkungsrechts schwinge.

z) HOFACKER Principia jur. civil. R m. Germ. T. 2. §. 1109.

Kurze

Kurze Inhaltsanzeige.

Einleitung. S. 39.
Eintheilung der Bauern in freie und unfreie und Hauptgattungen der letztern. S. 42.
Eintheilung derselben nach dem Rechte, das sie an ihrer Besitzung haben. S. 43.
Entstehung dieses rechtlichen Verhältnisses. S. 48.
Grund der aus diesem Verhältniß entspringenden Dienstpflicht der Bauern. S. 52.
Folge hieraus, daß das Recht die Dienste zu fordern keine sogenannte res merae facultatis seyn könne. S. 54.
Wenn es keine solche ist, wofür es die gemeine Meinung hält, dann finden auch bey der erlöschenden Verjährung der Bauerndienste ganz andre Grundsätze Statt als die bisher angenommenen. Genauere Bestimmung derselben. S. 58.
A) in Absicht der positiven Dienste, wenn
I) der Bauer ein Zeitpächter ist. S. 62.
II) Bey dem Erbpächter.
Natur und Entstehung der Erbpacht. S. 67.
Grundsätze über die erlöschende Verjährung der Dienstpflicht dieser Bauern
a) im Allgemeinen, S. 76.
b) in

b) in besonderer Rücksicht auf die hier möglichen Fälle.
1) Wenn bey dem freien Erbpächter die Dienstpflicht durch Dienstverträge bestimmt war, und der Dienst innerhalb 30 Jahren nicht gefordert ist. S. 78.
2) Auf welche Weise bey dem freien Erbpächter die auf Verträgen beruhende ungemessene Dienstpflicht durch Verjährung in gemessene umgewandelt werden kann? S. 79.
3) Wenn die Dienstpflicht des freien Erbpächters nicht verbrieft ist, sondern wie die Erbpacht selbst auf dem Herkommen beruht. S. 82.
4) Was hierüber bey unfreien Erbpächtern Rechtens ist? S. 85.
5) Ob, wenn durch einen Vergleich der Naturaldienst in Geld verwandelt ist, es jedem contrahirenden Theile frei stehe, von dem Vergleiche ab, und zum Dienst in Natur zurück zu gehen? S. 86.
Genauere Bestimmung dieses Aufwurfs nach folgenden Fällen.
a) Wenn der Vertrag keine Zeit- noch andre Bestimmung enthält. S. 100.
b) Wenn der Rücktritt in demselben ausbedungen ist. S. 101.
c) Wenn durch den Vertrag der Bauer zu Natural-
oder

oder zu Gelddienst verpflichtet ist. S. 102.
d) Wenn der Dauer des Vertrages eine Zeit bestimmt war. S. 130.
III) Bey denjenigen Bauern, welchen man ein dominium utile an ihren Besitzungen zuschreibt. S. 104.
Entstehung dieses dominii utilis durch die aus dem römischen Rechte von der Emphyteuse entlehnten Grundsätze. S. 106.
Dessen essentialia und Verschiedenheit von der Erbleihe. S. 113.
Es ist entweder die römische Emphyteuse selbst, oder die deutsche. — Wodurch sich beyde von einander unterscheiden? S. 115.
In Absicht der Verjährung der Dienste finden bey diesen Gütern dieselben Grundsätze Statt, die bey der Erbleihe anwendlich sind. S. 118.
IV) Bey denjenigen Bauern, die an ihrer bauerlichen Besitzung ein volles Eigenthum haben. S. 119.
Entstehung dieses Eigenthums und wahre Beschaffenheit desselben. S. 120.
Natur der auf demselben haftenden Dienste. S. 130.
Sie sind den affirmativen römischen Dienstbarkeiten gleich zu schätzen. S. 132.
Mithin erlöschen sie solo non usu: genauer

nauere Bestimmung der hier möglichen Fälle. S. 136.
Was in Absicht der Verjährung der Dienste Rechtens ist, wenn über dieselben Dienstverträge vorhanden sind? S. 137.
Gedanken über die Thibautsche Lehre von der Verjährung dieser Dienste. S. 139.
Untersuchung, warum das römische Recht die im Thun bestehenden Dienstbarkeiten nicht als eine species jener Servituten kennt, und warum nach dem deutschen Rechte die positiven Dienste dieser Bauern zu den affirmativen Servituten gerechnet werden müssen. S. 146.
Bemerkung über die Verjährung derjenigen bauerlichen Dienste, welche andre Privatpersonen als der Gutsherr, z. B. der Gerichtsherr, fordern können. S. 148.
B) in Absicht der negativen Dienstpflicht.
Worin die negativen Dienste bestehen: — Bannrechte. S. 149.
Sie gehören zu den im Thun bestehenden deutschen Dienstbarkeiten, aber zu den negativen, und sind von den affirmativen verschieden. S. 151.
Von der Verjährung derselben durch den Nichtgebrauch. S. 154.

III.

III.

Ueber die Natur der deutschen Erbgebühr der Ehegatten, oder der statutarischen Portion.

Ueber die Natur der deutschen Erbgebühr der Ehegatten, oder der statutarischen Portion.

Bey dieser theils durch Einmischung des fremden Rechts, das oft unrichtig ausgelegt wurde, theils durch Unkunde der einheimischen Rechte sehr bestrittenen Materie, ist es vor allen Dingen nöthig, den Hauptgegenstand, von dem die Rede ist, bestimmt ins Auge zu fassen. Unter statutarischem Pflichttheil, oder statutarischer Portion, begreifen viele alles, was der überlebende Ehegatte aus des früher verstorbenen Vermögen nach Landes- und Stadtgesetzen bekömmt [a]):

 andre

a) Hofmann Handbuch des deutschen Eherechts S. 388.

andere verstehen darunter nur dasjenige, was ausser dem Antheil, den der Ueberlebende aus der allgemeinen oder besondern Gütergemeinschaft erhält, demselben aus des Verstorbenen Gütern zufällt [b]): noch andre verlangen, daß die statutarische Portion ein Gewinn für den überlebenden Ehegatten seyn müsse, den nicht schon K. Justinian für die arme Wittwe bestimmt hat, sondern den die Landes- oder Stadtgesetze, ohne Rücksicht auf das römische Recht, verordnen [c]). Die weit umfassende Benennung dieses Gegenstandes rechtfertigt eher die größte Ausdehnung, als eine unnöthige Verengung desselben: sondert man nun das ab, was unstreitig aus einer andern Quelle als dem Successionsrechte fließt, so wird man unter der statutarischen Portion alles verstehen können, was nach deutschen Gesetzen aus der besondern Erbschaftsmasse des verstorbenen Ehegatten dem überlebenden verabfolgt werden muß. Aus diesem Begriffe folgt,

b) Runde Grundsätze des gem. d. Rechts §. 688.

c) Emminghaus Erört. der Frage: in wie fern die noch nicht anerkannte statutarische Portion auf die Erben übergehe S. 14.

folgt, 1) daß alles, was aus der allgemeinen oder besondern Gütergemeinschaft auf den Ueberlebenden fällt, nicht als ein durch Successionsrecht erhaltener Gewinn betrachtet werden kann, wenn gleich der bey der Gütergemeinschaft mögliche Voraus aus des Verstorbenen Vermögen als ein erbschaftlicher Vortheil angesehen und so unter die statutarische Portion begriffen werden muß: 2) daß alles, was durch deutsche Gesetze dem überlebenden Ehegatten aus der eigenthümlichen Verlassenschaft des Verstorbenen zugebilligt ist, zur statutarischen Erbgebühr gehöre, wenn es gleich so wohl in Absicht der Größe als in Hinsicht auf das Recht, welches der Ehegatte daran erhält, nach der von Justinian der armen Wittwe zugestandenen Portion gebildet seyn sollte.

Das Verhältniß, welches das römische Recht in Betreff des Vermögens unter den Ehegatten festsetzt, ist so wenig dem allgemeinen Besten, als der Natur des Contracts, in welchem die Ehegatten mit einander leben, angemessen: nach demselben schließt der entfernteste Blutsverwandte den überlebenden Ehegatten von dem Erbrechte aus, und Justinian, statt in seiner Gesetz-

gebung diese Inconsequenz an der Quelle zu heben, folgte der im ältern römischen Rechte herrschenden Art, flickweise zu verbessern [d]), und verordnete zuerst für den überlebenden, in wirklicher Noth sich befindenden, Ehegatten aus dem Vermögen des wohlhabenden Verstorbenen einen bestimmten Antheil, den er nachhin nur der überlebenden armen Wittwe ließ.

Ein weit natürlicheres Verhältniß in Absicht der Güter der Ehegatten fand sich in Deutschland, wo unstreitig die Gütergemeinschaft sonst allgemein war [e]), und so weit griff als die Güter sich in unbeschränktem Eigenthum der Ehegatten fanden [f]). Da der Lehne und Stammgüter wegen, in welchen das eigentliche Vermögen der Freien bestand, sich die Gütergemeinschaft nur auf das

d) Wo von hier nur die Lehren de donationibus inter virum et uxorem, und von der prätorischen Erbfolge der Ehegatten als sich aufdringende Beyspiele angeführt seyn sollen.

e) WALCH D. de portione statutaria in legitimam computanda §. 8. Fischer Versuch über die Geschichte der deutschen Erbfolge 1. B. S. 83.

f) Fischer a. a. O. S. 77, 78.

das unbedeutendere bewegliche Gut erstrecken konnte, und dieses, wenn es mit den Kindern getheilt wurde, nicht zureichte der Wittwe standesmässigen Unterhalt zu verschaffen, so wurde ihr nach des Mannes Ableben, ausser dem Antheil an demselben, herkömmlich noch allerley aus dem unbeweglichen Vermögen gereicht. Seit der Aufnahme des fremden Rechts betrachtete man nicht nur dieses, sondern auch die Gütergemeinschaft überhaupt als dem gemeinen Rechte zuwiderlaufende Gewohnheiten, die nach der Strenge erwiesen werden müßten, und dieß führte die Nothwendigkeit herbey, durch Landes- und Stadtgesetze so wohl den Theil, den die adliche Wittwe aus des Mannes Gütern, dem Herkommen nach, erhielt, in geschriebenes Recht zu verwandeln, als auch die Gütergemeinschaft nach den Modificationen, die sie an vielen Orten schon durch das fremde Recht erlitten hatte, gesetzlich festzusetzen.

So entstand die deutschrechtliche Erbgebühr der Ehegatten nicht aus der Gütergemeinschaft, wie viele glauben [g]); wenn es

 gleich

g) F. S. BOEHMER D. de ratione decidendi con-

gleich nicht zu bezweifeln ist, daß, nachdem die allgemeine Gütergemeinschaft durch die Grundsätze des fremden Rechts entweder ganz verdrängt, oder auf einen Theil des Vermögens beschränkt worden war, auf eine andre Weise in den deutschen Gesetzen für den überlebenden Ehegatten gesorgt werden mußte. Schon aus der großen Verschiedenheit solcher Gesetze, in Bestimmung dieses Erbtheils, geht hervor, daß man sich um die sonst vorhanden gewesene Gütergemeinschaft bey diesen Anordnungen wenig bekümmerte, und daß das Augenmerk nur darauf gerichtet war, wie man besonders der Wittwe den ihr nach Recht und Billigkeit schuldigen Unterhalt auf eine Art verschaffen könne, welche für die gemeinrechtlichen Erben am wenigsten drückend war, besonders dann, wenn Kinder den Verstorbenen beerbten. Hatte nun die Gütergemeinschaft aufgehört, und war für den überlebenden Ehetheil auf eine andre Weise in den Gesetzen gesorgt worden, so ist es ja wohl sehr einleuchtend, daß diese statutarische Vorsorge nicht weiter nach den Grundsätzen der ehemaligen Gütergemein-

controversias circa port. statut. conjugum. Hal. 1749. WALCH c. l. §. 8.

gemeinschaft erklärt werden darf. Wo weder allgemeine noch besondere Gütergemeinschaft vorhanden ist, kann sie auch keine Wirkung mehr haben, und die Gründe ihrer Aufhebung sind zugleich die Gründe, durch welche die Folgerungen aus derselben wegfallen müssen. Ursachen, auch ohne Rücksicht auf die Gütergemeinschaft, den Ehegatten zu versorgen, waren genügend vorhanden, ohne daß man sie aus dem fremden Rechte zu entlehnen genöthigt gewesen wäre, vielmehr war gerade das in diesem Rechte zweckwidrig bestimmte Güterverhältniß unter den Ehegatten die Ursache, daß man eigene, dem deutschen Nationalcharacter angemessenere Grundsätze hierüber aufstellte, und daher wurde, wie die mehrsten Partikularrechte zeugen, die statutarische Erbgebühr für beyde Ehegatten bestimmt, und bey ihr nicht erfordert, daß der verstorbene gerade reich gewesen und der überlebende arm seyn müsse.

Gewiß dachten die Verfasser der Land- und Stadrechte nur daran, dem überlebenden Ehetheile einen Vortheil zuzuwenden, wenn eine Verlassenschaft des früher verstorbenen vorhanden war, und liessen es sich

 nicht

nicht entfernt einfallen, ihm, dadurch den Character eines römischrechtlichen Erben beylegen zu wollen; selbst dann nicht, wenn sie den Justinianischen Armentheil vor Augen hatten, denn auch nach Justinians Verordnungen ist, wie sich weiterhin ergeben wird, die den Armentheil erhaltende Wittwe nicht Erbin im eigentlichen Sinne des römischen Rechts. Das Characteristische eines Erben nach diesem Rechte ist dieses, daß er nicht nur nach den Kräften der Verlassenschaft die Verbindlichkeiten und den gültigen letzten Willen des Erblassers erfüllen muß, sondern daß er auch so gar dann den erstern Genüge zu leisten schuldig ist, wenn die erbschaftliche Masse zu ihrer Befriedigung nicht zureicht, und er von der später eingeführten Wohlthat, ein Inventarium errichten zu können, keinen Gebrauch gemacht hat. Bey dieser dem natürlichen Rechte in Absicht des letztern Puncts unbekannten strengen Verbindlichkeit des Erben war es nothwendig, daß man das Erbrecht nicht ohne ausdrückliche Willenserklärung des Erben auf denselben übergehen ließ, sondern er mußte, wenn er die Erbschaft mit jenen Verbindlichkeiten übernehmen wollte, dieß persönlich und feierlich

feierlich erklären [h]), und nur erst dann, wenn dieser actus legitimus von ihm vollzogen war, war er wirklicher Erbe, und verfällte dieß dadurch in sein Eigenthum gekommene Recht auf seine Erben. Hiervon machte man nur in Absicht der in väterlicher Gewalt befindlichen Kinder, und der zu Erben eingesetzten Sclaven eine Ausnahme, die wegen des strengen Verhältnisses, in welchem sie nach dem alten römischen Rechte zu dem Erblasser standen, ohne Antretung Erben seyn mußten.

Andre und weit natürlichere Grundsätze befolgte man im Mittelalter in Deutschland. Hier war der bedeutendste Theil des Vermögens unbewegliches, das, wenn es vererbt war, sich in dem Gesammteigenthum der Nachkommen der Erwerber befand, und im Erbgange gelassen werden mußte: bey diesem fand keine Beerbung aus Wohlthat des letzten Besitzers Statt, sondern es ging durch die Wirkung des Gesammteigenthums auf den Nachfolger über, mithin konnte von einer Repräsentation des letzten Besitzers in

h) Adire et cernere hereditatem. AVERANIUS Interpretationes juris. L. 1. c. 12. n. 5. seq.

in Betreff seiner Verbindlichkeiten gar die Rede nicht seyn. Nur in Absicht der fahrenden Habe, die durch die Wohlthat des Besitzers auf den Erben kam, galt der natürliche Rechtssatz, daß der Erbe mit derselben die Verbindlichkeiten des Erblassers, jedoch nur so weit als diese Güter reichten, erfüllen mußte [i]). War nun in Absicht des unbeweglichen Vermögens keine Erbschaft des letzten Besitzers vorhanden, und galten in

i) Sächs. Landrecht 1. B. Art. 7.: Mit welchem Gute der Mann verstirbt, das heisset alles Erbe. Wer dann das Erbe nimmt, der soll des Verstorbenen Schulden bezahlen, so fern das Erbe an fahrender Habe zureicht. Schwäb. LR. Kap 262. der Senkenb. Ausgabe: Und ist daß ein Mann stirbt und gelten soll und hat nit hinter im gelassen, daß sein Weib, oder ander seine Erben, davon gelten mügend, die sollen des Geltes ledig seyn vor Gott und vor den Leuten. Wenn eins der ältesten deutschen Völkergesetze Lex Ripuar. Tit. 67. §. 1. bey GEORGISCH corp. jur. Germ. antiqui p. 177. mit dem in der Nachbarschaft damals geltenden römischen Rechte in Absicht der über die Kräfte der Verlassenschaft reichenden Verbindlichkeit des Erben stimmt, so darf hieraus kein Schluß auf die Zeiten des Mittelalters gemacht werden, weil schon am Ende der Karolinger diese Gesetze nicht mehr im Gebrauch waren.

in Hinsicht auf das bewegliche die Grundsätze des natürlichen Rechts, so würde es, da keine Gefahr für den Erben bey Annahme der Erbschaft existirte, theils der Natur der Sache zuwider, theils unnütz gewesen seyn, eine feierliche Antretung der Erbschaft zu erfordern, um durch sie erst die Erbschaft dem Vermögen des Erben einzuverleiben und ein Verfällungsrecht auf die Erben des Erben zu bewirken.

Es galt daher in Deutschland so wohl als bey andern Nationen der Rechtssatz: daß der Todte den Lebenden in den Besitz seiner Verlassenschaft setze, welches durch das rechtliche Sprichwort: le mort saisit le vif (der Todte erbt den Lebenden) angedeutet wird [k]), und es ist bey der natürlichen Folge dieses Rechtssatzes aus den angeführten Prämissen sehr zu bewundern, wie man aus Vorliebe zum römischen Rechte nicht nur an dem Daseyn desselben, sondern sogar an seiner Möglichkeit, hat zweifeln können [l]). Wäre es denn

k) HEINECCIUS Elem. jur. Germ. L. 2. tit. 10. §. 296, 97. Fischer erbschaftliches Versendungsrecht ohne Besitzergreifung §. 13.

l) WAHL Progr. An statuto, lege vel consuetudine

denn nach dem fremden Rechte eine so undenkbare Sache gewesen, daß das Erbrecht ohne solenne Annahme desselben hätte auf den Erben übergehen können, wenn er anders nur von der Verbindlichkeit hätte frei bleiben sollen über die Kräfte der Erbschaft verpflichtet zu seyn? Denn war dieß bey dem Rechte des Legatars möglich, der ohne diese Gefahr erwarb, warum hätte es bey dem Erben nicht eben so seyn können? Freilich würde er sich nicht der römischen Rechtsmittel, die einen körperlichen Besitz voraus setzen, in Absicht derjenigen Erbstücke, die er nicht wirklich in Besitz hatte, haben bedienen können; dieser Umstand konnte aber wohl so wenig bey ihm als bey dem Legatar den unmittelbaren Uebergang des Rechts unmöglich machen. Da nun einen solchen unmittelbaren Uebergang des Erbrechts in das Eigenthum des Erben jenes Sprichwort angibt, so ist es ja wohl mehr als sonderbar, durch die Instanz — daß die römischen Rechtsmittel, die einen körperlichen Besitz durchaus erfordern, dem deutschen Erben, der die

tudine effici queat, ut sine corporali adprehensione possessio in haeredem transeat? Gött. 1747.

die Erbschaftsstücke nicht wirklich in Besitz habe, nicht zuständig seyn könnten — das alte deutsche Recht bezweifeln zu wollen, daß der Erbe durch den Tod des Erblassers ohne Antritt (ipso jure) wirklicher Eigenthümer der Verlassenschaft geworden sey. Kannten die Völker im früheren Mittelalter die subtile römische Interdictenlehre nicht, so konnte sie auch keinen Grund abgeben, daß bey ihnen ein Recht nicht hätte gelten können, bey welchem sie ziemlich überflüssig war: würde es nicht wirklich lächerlich seyn, bey der Gütergemeinschaft den unmittelbaren Uebergang der Gütermasse von dem kinderlos verstorbenen Ehegatten auf den überlebenden deshalb zu bestreiten, weil der letztere in Absicht solcher Sachen, die er nicht wirklich besitzt, jene Interdicte nicht gebrauchen kann; oder könnte man aus diesem Grunde den ipso jure möglichen Uebergang der väterlichen Verlassenschaft auf das in der väterlichen Gewalt befindliche Kind bezweifeln? Hat man sich aber von jenem alten Rechtssatze und von dem diesen ausdrückenden Sprichworte eine andre Vorstellung gemacht, um ihn mit einem später aufgenommenen Rechte in Widerspruch zu bringen, so hat der Kampf

mit

mit einem selbst geschaffenen Widersacher nicht anders als leicht seyn können.

Ich räume gern ein, daß heutzutage das fremde Recht in Absicht der Lehre von der Erbschaft als aushülfliches [m]) und hervortretendes [n]) aufgenommen, und dadurch jenes ältere germanische Recht ausser Gebrauch gekommen ist; mithin muß der Erbe, der über die Kräfte der Verlassenschaft verhaftet wird, die Erbschaft entweder ausdrücklich, oder stillschweigend antreten, wenn sie auf seine Erben übergehen soll. Sein wesentlicher Character besteht nach dem fremden Rechte darin, daß er alle Verbindlichkeiten des Verstorbenen übernehmen, und diejenigen, welche nicht aus einem Verbrechen entspringen, über die Kräfte der Verlassenschaft hinaus erfüllen, auch, welches jedoch nicht zum Character dieses Rechts gerechnet werden kann, weil man es aus einem Quasicontracte fliessen ließ, dem letzten Willen des Erblassers Genüge leisten muß. Hieraus folgt, daß derjenige, der nach den Justinianischen Gesetzen einen Theil der Verlassen-

m) 1. Heft 1. Abh. S. 40.

n) 1. Heft 1. Abh. S. 43.

lassenschaft erhält [o]), ohne daß er dadurch in jene Verbindlichkeiten gesetzt wird, nicht für einen wahren Erben gehalten werden könne, wenn gleich in den Gesetzen Ausdrücke gebraucht seyn sollten, die sonst einen Erben andeuten; denn bey Successionsgegenständen, die so verschiedenartig sind, und bey welchen die Sprache dennoch so arm an Worten ist [p]), muß nicht auf die letzte-

o) Es muß bemerkt werden, daß hier von einem Theile die Rede ist, den erst neuere Gesetze eingeführt haben, und nicht von einem Erbrechte, das in bestimmten Fällen die Gesetze bis zu einer gewissen Größe zu entziehen erlauben. Bey der legitima bleibt das Erbrecht die Basis, und deshalb läßt sich die erbrechtliche Beschaffenheit des Pflichttheilempfängers nicht bezweifeln. Dieser wesentlichen Verschiedenheit beyder Gegenstände wegen, können sie nicht mit einander verglichen werden, so wie auch aus ihr ungezwungen die Vermuthung fliessen muß, daß Justinian bey der Einführung des Gütertheils, den er dem Ehegatten verlieh, auf keine Weise den ältern und so sehr begünstigten Pflichttheil der Kinder auf eine unnöthige Weise habe schmälern wollen. Eine Vermuthung, welche auf die Bestimmung bestrittener, diese Gegenstände betreffender Rechtsfragen den größten Einfluß haben muß.

p) Heres und Successor werden promiscue gebraucht,

letztern, sondern auf die Sache selbst gesehen werden.

Soll aber das römische Recht in Deutschland, wo es blos nach der angegebenen Bestimmung durch das Herkommen aufgenommen ist, bey der Erbfolge in seinem ganzen Umfange in Anwendung kommen, dann muß es entweder ausschließlich die Ursache seyn, durch welche jemand erbt, oder auf andre Weise einen Theil aus der Verlassenschaft bekömmt; oder es müssen, wenn es aushülflich gebraucht werden soll, 1) die Personen solche seyn, denen auch nach seiner Verordnung ein Erbrecht, oder ein Theil der Verlassenschaft gebührt: 2) müßen, wenn es ein blosser Antheil an der Vermögensmasse ist, sich eben die Bestimmungen in den Land- und Stadtrechten finden, die in ihm enthalten sind, mit einem Worte, es muß das Partikularrecht eine blosse Uebersetzung des römischen seyn: 3) muß das zu verer-

braucht BRISSONIVS de verborum significatione, voce: Heres, ed. Boehmeri p. 542., und von einem successor sagt Vlpian in der L. 24. §. 1. D. de damno infecto: Successores autem non solum qui in universa bona succedunt, sed et hi, qui in rei tantum dominium successerint, his verbis continentur.

vererbende Vermögen dieselbe Beschaffenheit haben, welche die Güter hatten, die nach dem römischen Rechte vererbt wurden. Daß die deutschen Gesetze Erbrecht ertheilen können, wird heutzutage wohl niemand mehr bezweifeln, selbst dann nicht, wenn sie für gut finden, hierin mehr oder weniger von dem zur Aushülfe aufgenommenen fremden Rechte abzuweichen. Auch hoffe ich, daß man davon überzeugt seyn werde, daß, so wenig solche von dem fremden Rechte abweichenden Gesetze zu ihrer Gültigkeit einer kaiserlichen Bestätigung bedürfen, es eben so wenig nothwendig sey, daß sie sich bey ihren Bestimmungen nach demselben durchaus richten müßten.

Wenn eine Gesetzgebung völlig zweckmässig handeln soll, muß sie von aller Nebenwirkung eines andern Rechts frei seyn, und in Absicht der von ihr verordneten Gegenstände, kann, wenn sie nicht ausdrücklich ein andres Recht zur Aushülfe bestimmt, oder sich die fremden Rechtssatzungen selbst einverleibt, kein andres als das natürliche Recht Einfluß haben. In Deutschland muß zwar, der Statt findenden Rechtsverhältnisse wegen, die gesetzgebende Gewalt voraussetzen, daß das fremde Recht dann zur Aus-

Hülfe dienen werde, wenn über einen Gegenstand des bürgerlichen Rechts, den das fremde Recht kennt und bestimmt hat, in den Landesgesetzen nichts besonderes verordnet ist, oder in Absicht einer solchen Rechtsmaterie nur eine nicht wesentlich anders bestimmende Verordnung getroffen, jedoch die Basis des römischen Rechts unabgeändert geblieben ist, z. B. wenn in Absicht der Erbfolge der Blutsverwandten etwas über die Ordnung, oder das Herauftretungsrecht, anders verordnet ist, als die Novelle 118. bestimmt hat. Da aber auch in den deutschen Territorien jenes Verordnungsrecht aus dem angeführten Grunde so viel als möglich unabhängig von fremdem gesetzlichen Willen gehalten werden muß, so kann bey einem Gegenstande, der, wie die Erbfolge, in Deutschland auf eigenthümlich deutschen Grundsätzen beruht hat, und bey welchem das natürliche Recht, nie aber das römische — welches hier aus einer unglücklichen Zusammensetzung alter und neuer ganz positiver und der römischen Verfassung allein eigener Rechtssätze [q]) besteht — die Basis gewesen

q) Zu diesen rechne ich ausser der Verbindlichkeit des

wesen ist, das letztere dann gar nicht zur Aushülfe gebraucht werden, wenn in deutschen Gesetzen solchen Personen ein Erbrecht ertheilt ist, welchen nach dem römischen Civilrechte kein Erbrecht gebührt, oder denen des besondern Verhältnisses wegen, in dem sie mit dem Verstorbenen standen, eine der Natur dieses Verhältnisses angemessenere Versorgung verschaft ist, als ihnen nach dem hierin unzweckmässiger bestimmenden römischen Rechte zu Theil geworden war. Kürzer noch läßt sich dieses so fassen: Die auf dem Herkommen beruhende Aufnahme des fremden Rechts hat das schon vorhandene deutsche Recht da nicht verdrängen können, wo letzteres naturrechtliche und ersteres ganz positive und der römischen Verfassung eigenthümliche Grundsätze enthält; und wenn deutsche Gesetze über solche Gegenstände verfügen und das römische Recht nicht ausdrücklich aufnehmen, vielmehr von demselben abweichende Bestimmungen enthalten, dann

M 3 sind

des Erben ultra vires hereditatis, woraus die Nothwendigkeit der solennen Adition folgte, auch den Satz: daß niemand pro parte testatus und pro parte intestatus versterben konnte, welcher das jus adcrescendi nach sich zog.

sind die von jeher geltend gewesenen deutschen Rechtsgrundsätze und nicht die römischen als aushülfliches Recht vorausgesetzt.

Gehen wir nach Festsetzung dieses in Betreff des Erbrechts zwischen dem einheimischen und fremden Rechte obwaltenden Verhältnisses zur genauern Erörterung des vorliegenden Gegenstandes über, so wird zuvörderst die Untersuchung — welche Rechte das letztere dem überlebenden Ehegatten auf die Verlassenschaft des verstorbenen zugestanden habe — nothwendig, um alsdann bestimmen zu können, worin das erstere von demselben abweicht, oder nicht.

Nach dem römischen Rechte

und zwar nach dem Civilrechte ist der Ehegatte nie Erbe, nach dem prätorischen aber nur alsdann, wenn weder Kinder, noch Blutsfreunde von väterlicher und mütterlicher Seite des Verstorbenen vorhanden sind: agnoscirt er in diesem Falle innerhalb der bestimmten Zeit das prätorische Erbrecht, dann hat er völlig die Qualität eines Civilerben r), das heißt, er repräsentirt den Verstorbenen so vollkommen, daß, wenn die Agnition geschehen ist, ohne von der Justinianischen Wohlthat

r) L. 117. D. de R. I.

that des Inventariums Gebrauch gemacht zu haben, er über die Kräfte der Erbschaft hinaus die Verbindlichkeiten des Verstorbenen erfüllen muß. Das unrichtige Verhältniß, welches in dieser Gesetzgebung lag, mußte bald fühlbar werden, und dieß bewog den K. Justinian in der Nov. 53. c. 6. zu verordnen: daß der überlebende Ehegatte, wenn er Mangel an Lebensunterhalt litt und der verstorbene wohlhabend gewesen war, den vierten Theil von der Erbschaftsmasse bekommen solle, derjenigen Quarte in allem völlig ähnlich, die er in der Novelle 22. c. 18. für den vermögenlosen Ehegatten aus den Gütern desjenigen Ehetheils bestimmt hatte, welcher daran Schuld hatte, daß die Ehe aufgehoben worden war: omniaque ad imitationem illius constitutionis nostrae (Nov. 22. c. 18.), quae quartam illis determinat, aequaliter tam in viris, quam in mulieribus etiam hic obtineant (Hombergksche Uebers.). Diese Ehetrennungsquarte, die der Verlassenschaftsquarte so wohl nach der Novelle 53. als der Nov. 117. c. 5. zum Grunde liegt, und welcher die letztere ganz ähnlich seyn soll, konnte, der Natur der Sache nach, kein Erbtheil des noch lebenden Ehegat-

ten seyn, sondern sie war nach den Worten jener Novellen ein Theil des Vermögens (quarta substantiae pars) und glich also der Quarte, die der K. Pius den ohne Ursache verstossenen oder enterbten Arrogatis ertheilt hatte [s]). Ueberdieß geht die Beschaffenheit dieser Quarte, daß sie kein Erbtheil, sondern ein Gütertheil seyn sollte, noch daraus klar hervor, daß die Nov. 22. ihr ein maximum setzt, welches nicht über centum auri libras (7200 Ducaten [t])) hinausgehen soll, und ausdrücklich verordnet, daß sie von der reinen Gütermasse gerechnet werden solle: substantiam illam merito secundum nostras leges existimantes esse, quae pura debitis videatur.

Bey dem in den Novellen 53. und 117. so deutlich erklärten Willen, daß die in denselben verordnete Verlassenschaftsquarte jener Ehetrennungsquarte in allem gleich seyn solle, konnte es wohl unmöglich Justinians Absicht seyn, den dieselbe erhaltenden Ehegatten zum Erben erklären zu wollen, vielmehr sagt er unmittelbar nach jener Vergleigleich-

s) HOFACKER Principia jur. civ. T. I. §. 604.

t) Glück Intestaterbfolge S. 426.

gleichung beyder Quarten in der Nov. 53: ita etiam — hic — mulier quartam *substantiae* partem accipiat. Man hat zwar aus dem §. 1. des 6. Kap. dieser Novelle das Hauptargument für die erbrechtliche Beschaffenheit der Verlassenschaftsquarte finden wollen, weil es daselbst heißt: Quod si uxor res quasdam proprias in domo mariti, vel alibi sitas habeat, harum exactionem et retentionem nulla ratione imminutam habeat: et debitis viri nullatenus subjaceant: *nisi quatenus ex hac lege jurium illius forte heres extiterit*, also der die Quarte empfangende Ehegatte nicht nur heres ex hac lege genannt werde, sondern auch verordnet sey, daß die Gläubiger des verstorbenen Mannes sich an das eigene Vermögen der Wittwe halten könnten, welches mit dem Begriffe von einem besondern Nachfolger (successor singularis) nicht zu vereinbaren sey, da bekanntlich zwischen diesem und den Gläubigern des Verstorbenen keine Verbindlichkeit Statt finde [v]). So scheinbar

 diese

v) Emminghaus a. a. O. S. 34. GREEN Progr. an vidua, quae statutariam portionem capit, pro herede mariti habenda sit? p. 6. Lipſ. 1776.

diese Argumente immer seyn mögen, so wenig haltbar sind sie doch bey ihrer genaueren Erwägung. Das erstere fällt gleich durch die Bemerkung dahin, daß heres oft nichts mehr als successor bedeutet [w]), und da ex hac lege hinzugefügt ist, so heißt es entweder so viel als, welche partem substantiae ex hac lege erhält, oder man ist, wenn die strengste Bedeutung jener Worte gelten soll, gezwungen, sie, weil sie dem Inhalte des Gesetzes widersprechen, für eine Nachlässigkeit des Concipienten zu erklären: das zweyte Argument hebt sich völlig dadurch, daß, weil die Verlassenschaftsquarte nur derjenige Ehegatte in Anspruch nehmen konnte, welcher sich in extrema necessitate befand, das Gesetz eine Wittwe voraussetzte, die kein Eingebrachtes hatte; besaß sie zwar solches, aber war dieß so unbedeutend, daß sie dennoch in extrema inopia blieb, so mußte sie sich, wenn sie die Quarte haben wollte, für ganz indotirt erklären, dadurch ihr Weniges in der Masse lassen [x]), und dann kam dieses mit unter die Güter, auf welche die Gläu-

w) S. oben S. 177. Note p.

x) Glück a. a. O. §. 141. Von Bülows und Hagemanns pract. Erörterungen 2. Th. n. 41.

Gläubiger des Mannes Anspruch machten, weil sich die Quarte nicht anders denken läßt als nach Abzug der Schulden. Keineswegs ist aber hierdurch bestimmt worden, daß sich die Gläubiger mit an die Wittwe halten, oder gar verlangen konnten, daß sie über die Quarte hinaus ihnen verhaftet seyn müsse.

Sollte jemand, der in der Novelle 53. befindlichen Ausdrücke wegen, in Zweifel bleiben: ob es nicht Justinians Absicht gewesen sey, der Wittwe wegen der ihr verordneten Verlassenschaftsquote den Character eines Erben beyzulegen, der wird ihn gewiß schwinden lassen, wenn er das neueste diese Quote betreffende Gesetz, die Novelle 117. c. 5., genauer betrachtet, welches die Absicht deutlich an den Tag legt, daß es so wohl über die Ehetrennungsquote als über die in der Nov. 53. enthaltene Verlassenschaftsquote besser und genauer (melius) disponiren wolle: auch sieht man es diesem Gesetze an, daß es so wohl in Absicht der Sachen als des Ausdrucks mit großer Vorsicht gefaßt worden ist. In demselben, man nehme die Vulgata oder die Uebersetzung von Hombergk, wird genau das den Kindern zustehende Erbrecht

von

von dem Rechte der Wittwe auf einen Theil der Güter unterschieden, und letzteres dem ersteren mit den absondernösten Ausdrücken entgegen gesetzt. Wo die Kinder ad paternam hereditatem vocirt werden, wird der Wittwe entweder quarta ex substantia pars, oder tantum quantum uni competit filiorum (also nicht pars virilis hereditaria) zugebilligt, und dann so gar nur der Nießbrauch dieser Portion, wenn sie mit ihren eigenen Kindern zusammen trifft, welches letztere an sich schon einem wahren Erbrechte widerstreitet [y]): da aber wo das Recht bestimmt ist, welches sie an ihrem Theile dann haben soll, wenn sie nicht mit ihren eigenen Kindern concurrirt, heißt es: jubemus etiam dominii jure habere eam res, quas ex viri facultatibus ad eam venire (man bemerke, wie vorsichtig hier die successio singularis bezeichnet ist) per praesentem jussimus legem. Quae tamen irrationabiliter exclusa est: in ipso tempore expulsionis partem jubemus accipere, quae continetur in *hac lege* [z]). Aus

y) M. G. WERNHER lectissimae comment. ad Pandectas L. 38. tit. 11. §. 6 — 8.

z) Diese abermalige Gleichstellung der Verlassen-

Aus dieser erörterten Natur der Justinianischen Verlassenschaftsquarte fliessen folgende Rechtswahrheiten:

a) Sie ist kein römisch-rechtlicher Pflichttheil, weil dieser ein gesetzliches Erbrecht voraus

senschaftsquarte mit der Ehetrennungsquarte gibt deutlich zu erkennen, daß, ungeachtet in der 53. und 117ten Novelle nur von Kindern die Rede ist, dennoch die erstere so gut wie die letztere auch dann Statt finden müße, wenn die Wittwe nicht mit Kindern des Verstorbenen, sondern nur mit dessen Blutsverwandten zusammen trifft, denn die letztere mußte ja von dem Ehemanne selbst ausgekehrt werden Bey der Verlassenschaftsquote hatte der Kaiser die Kinder zunächst im Sinne, und in der Absicht, diese so wenig als möglich zu beschweren, wurde die in der Nov. 117 enthaltene neue Bestimmung gemacht: es läßt sich deshalb nicht zweifeln, daß, wenn der Mann keine Kinder hinterließ, die Verabfolgung der Quarte um so weniger Bedenklichkeit haben mußte Glück a. a. O. §. 139. Eben so gewiß sollte es aber nach jener Novelle seyn, daß die Wittwe, wenn sie nicht mit Kindern ihres Mannes zusammen kömmt, ohne Rücksicht auf die Zahl der Erben die Quarte haben müsse, weil sie nur alsdann sich mit einer Virilportion begnügen soll, wenn sie mit Kindern des Verstorbenen sive ex eo, sive ex alio matrimonio, deren Zahl über drey steigt, concurrirt.

aus setzt[a]), wenn sie gleich der Wittwe durch den Verstorbenen nicht entzogen oder geschmälert werden kann.

b) Der Empfängerin dieser Quarte stehen weder die petitorischen noch die possessorischen Erbschaftsklagen zu, sondern nur eine condictio ex lege; aber auch gegen sie kann nicht als Erbin geklagt werden.

c) Da die Verlassenschaftsquarte nur ein Theil der Güter und kein erbrechtlicher Theil ist, so ist zu ihrem Erwerbe keine Antretung derselben erforderlich; sie fällt daher, weil sie keine Repräsentationsverbindlichkeit nach sich zieht, gleich einem Legat ipso jure der Wittwe zu, und wird ohne Antretung auf ihre Erben aus dem nämlichen Grunde versendet, aus dem der ohne rechtliche Ursache emancipirte unmündige Arrogatus die Quartam D. Pii, welche er noch nicht angetreten hatte, auf seine Erben bringt[b]). Auch sprechen ja die Novellen der Wittwe ausdrücklich das Eigenthum an dieser Quarte zu, mithin

a) Vergl. S. 177 Note o. Das Gegentheil behauptet PUFENDORF T. 3. Obs. 177.

b) L. 22. pr. D. de adopt. vergl. mit L. 2. §. 1. D. Fam. ercisc.

mithin muß es auch, wie jedes andre Eigenthum, auf die Erben übergehen c).

d) Weil das jus adcrescendi, wenn es Platz greifen soll, einerley Recht, aus einer Verlassenschaft zu gewinnen, voraus setzt d), so kann es bey der Intestaterbfolge allein unter wirklichen Erben, die durch dieselbe Gesetzgebung gerufen sind, Statt finden, und nicht zwischen diesen und einer Person, der das Gesetz nur einen Theil der von Schulden reinen Gütermasse zugetheilt hat, und dem so gar in Rücksicht auf die Größe des Vermögens, aus dem er kömmt, ein maximum gesetzt ist. Bey der Verlassenschaftsquarte tritt, wann die Wittwe nicht mit Kindern des Verstorbenen zusammen trifft, nie ein Erwerb nach Kopfzahl ein, sondern sie hat dann auf den Viertentheil einen Anspruch: concurrirt sie aber mit Kindern des Verstorbenen, dann ist jedem Theil sein Recht ipso jure zugefallen, dem Ehegatten aus den unter lit. c. angeführten Gründen, und den Kindern durch die Suität

c) J. WEBER D. de successione superstitis conjugis pauperis c. 5. §. 7.

d) L. 6. §. 1. D. de bonorum possessionibus. FABER Codex Lib. 6. T. 3. Def. 1.

Suität *); die Wittwe kann also einen nach des Vaters Tode erledigten Kindestheil nur dann in Anspruch nehmen, wenn ihr an der Verlassenschaft des verstorbenen Kindes ein Erbrecht zusteht.

e) Die Verlassenschaftsquarte ist bey der Bestimmung der Quantität des Pflichttheils der Kinder einzurechnen und nicht, als wäre sie aes alienum, vorher abzuziehen. Um diesen so sehr bestrittenen Rechtssatz so viel als möglich ausser Zweifel zu setzen, bemerke ich zuvörderst, daß die arme Wittwe nicht mit zu den Personen gerechnet werden kann, wenn von der nach der Zahl derselben zu bestimmenden Größe des Pflichttheils die Rede ist: dieß bedarf hoffentlich keines Beweises, weil die Wittwe so wenig zu den Kindern gehört als sie zu den wirklichen Erben gerechnet werden kann. Mithin ist hier die Frage allein davon: ob die Quarte als aes alienum, welches voraus abgerechnet werden muß ehe ein verlassenschaftlicher Gewinn Statt

e) Weil die Zeit des Todes hier lediglich in Betracht kömmt, so kann von keinem Zuwachsungsrechte die Rede seyn, wenn vor dem Ableben des Erblassers von fünf Kindern eins verstorben war.

Statt finden kann, von der Erbschaftsmasse vorher abgezogen werden müsse, ehe der Pflichttheil der Kinder nach der Größe der erbschaftlichen Masse bestimmt werden kann? Die Vertheidiger der bejahenden Meinung gründen sich hauptsächlich auf den Rechtssatz, daß die legitima ein Theil der Intestaterbportion sey, und als solcher nur aus demjenigen Vermögen berechnet werden könne, in welches das auf den Pflichttheil gesetzte Kind würde geerbt haben, wenn gar kein letzter Wille des Erblassers vorhanden wäre: man würde daher, wenn der Pflichttheil der Kinder mit Inbegriff dieser Quarte berechnet werden sollte, die Inconsequenz begehen, den Notherben, die nach dem Testament nur den Pflichttheil erhalten sollen, auch von demjenigen Theile der Verlassenschaft etwas zuzuwenden, von dem sie selbst in dem Falle, wenn der Erblasser ohne Testament gestorben wäre, nichts würden erhalten haben [f]).

Mir scheint indessen die verneinende Meinung auf den rechtlichsten und zugleich billigsten Gründen zu beruhen. Die Verlassenschafts-

f) Glück a. a. O. S. 101.

schaftsquarte unterscheidet sich unstreitig von dem aere alieno dadurch, daß letzteres durch die Handlungen des Erblassers entstanden und durch dasselbe das Vermögen von selbst gemindert ist, da hingegen die erstere in einem Vortheil besteht, den das Gesetz der armen Wittwe **aus dem wirklich vorhandenen Vermögen** zubilligt: sie gehört mithin unter die Verlassenschaft so gut wie die Legate, nur daß die letzteren der Wille des Erblassers, die erstere hingegen der Wille des Gesetzes als Gewinn für den Empfänger bestimmt hat. Dadurch, daß Jemandem etwas aus der Verlassenschaft gesetzlich gelassen werden muß, entsteht noch gar nicht der Begriff vom aere alieno, sonst würde man auch den Pflichttheil der übrigen Kinder zuvor abziehen müssen, welches aber, so viel ich mich erinnere, noch nie behauptet worden ist: mithin ist es gar nicht widersprechend, wenn man die Verlassenschaftsquarte für einen Theil der Intestaterbmasse annimmt. Eben so wenig widersprechend ist es auch, diese ganze Masse in Computation zu bringen, wenn die legitima der Kinder zu berechnen ist, denn es läßt sich von dem Gesetzgeber, der aus dieser Masse dem Ehegatten

gatten einen Noththeil bestimmt hat, nicht annehmen, daß er dieß zum Nachtheil des ältern Pflichttheils der Kinder sollte gethan haben *). Dieß nur vermuthen zu wollen, wäre um so unnützer, da der Ehegatte nichts dadurch verliert, wenn seine Quarte zur Constituirung der Größe des Pflichtheils eingerechnet wird, das auf den Pflichtheil gesetzte Kind aber gegen die übrigen Erben sehr verlieren würde, wenn die Quarte als aes alienum, denn nur dieses gehört nicht zur Verlassenschaftsmasse, abgerechnet werden müßte. Mir scheint dieß auch ganz klar aus den Novellen 53. und 117. hervor zu gehen: sie erklären nicht nur ausdrücklich den Armentheil der Wittwe für einen Theil der verlassenschaftlichen Substanz, sondern Justinian ist auch ängstlich besorgt, durch seine billige Versorgung der Wittwe den Kindern nichts zu nahe zu thun, daher ist die Quarte in der Novelle 53. nur dem wirklich armen Ehegatten aus der Verlassenschaft des wohlhabenden verstorbenen mit dem auch bey der vorliegenden Frage geltenden Grunde zugebilligt: nam justum non foret, ut illa, quae dotem constituit, libe-

*) S. die Note z.

ros successione gravet, weshalb er sich auch ein Legat, das er aus dem letzten Willen des Verstorbenen zu fordern hatte, in den Armentheil einrechnen lassen mußte. Dennoch schien dem K. Justinian der vierte Theil dem Erbrechte der Kinder noch zu lästig zu seyn, er verordnete daher in der Novelle 117., daß der überlebende Ehemann gar keinen Anspruch auf einen Armentheil haben, und die Wittwe in dem Falle, wenn der Verstorbene mehr als drey Kinder hinterläßt, blos partem virilem, ja gar nur die lebenslängliche Benutzung dieses Theils, wenn sie mit ihren eigenen Kindern zusammen trifft, erhalten solle. Wie wäre es nun nur möglich, in diesem letztern Falle die Substanz des Armentheils von der Verlassenschaft zuvor abrechnen zu können, und wie sehr würde man der Justinianischen so deutlich erklärten Absicht, daß der Armentheil den Kindern nicht zum Nachtheil gereichen soll, zuwider handeln, wenn man den Pflichttheil derselben durch eine offenbar irrige Vergleichung der Verlassenschaftsquarte mit den Schulden schmälern wollte.

Nach dem deutschen Rechte,
welches hier nur aushülfliches seyn kann,

müssen

müssen, in Grundlage der schon vorausgeschickten allgemeinen Bemerkungen über diesen Gegenstand, nachstehende Grundsätze angenommen werden.

1) Wenn die Landes- und Stadtgesetze, welche bestimmen, wer erben soll, Personen ein Erbrecht ertheilen, denen ein solches nicht schon nach dem römischen Rechte zustand, so geben sie dieses Recht unabhängig von den nur dem römischen Erbrechte anklebenden Bestimmungen, und folgen hierin lediglich dem von jeher in Deutschland in Betreff des Erbrechts geltend gewesenen Naturrechte, das weder die Nothwendigkeit einer Erbschaftsantretung [g]), noch die Verbindlichkeit des Erben über die Kräfte der erhaltenen Erbschaft [h]) kennt.

2) Lassen es solche Gesetze bey der gemeinrechtlichen Erbfolge, oder setzen sie dieselbe

 voraus,

g) Deshalb verordnet das Preuss. Landrecht ganz dem Geiste des deutschen Rechts gemäs, daß die Erbschaft gleich an den Erben fallen, und daß dieser ohne Besitzergreifung das Eigenthum derselben erhalten und auf seine Erben bringen soll. 1. Th. 9. Tit. §. 367, 68, 70.

h) Das Preuss. Landrecht 1. Th. 9 Tit. §. 420, 21 nimmt an, daß der, welcher sich als Erbe beträgt, stillschweigend erklärt habe, daß er nur Beneficialerbe seyn wolle.

voraus, und fügen nur eine Person hinzu, welcher nach dem fremden Rechte kein Erbrecht, oder kein Antheil an der Verlassenschaft, wenigstens nicht unter denselben Umständen, gebührt, dann ist zwischen diesem zum Erben, oder zum Gütertheilnehmer verordneten Subject und den gemeinrechtlichen Erben kein Zuwachsungsrecht, selbst nicht nach den Grundsätzen des fremden Rechts, welches idem successionis genus bey demselben voraussetzt, zuläßig [i]), viel weniger nach dem deutschen Rechte, das das Erbrecht ohne Antretung ertheilt.

3) Ist in den deutschen Gesetzen dem überlebenden Ehegatten ein Antheil an der Verlassenschaft des verstorbenen zugestanden, und zwar so, daß er denselben bekömmt, 1) wenn er auch mit Blutsverwandten des letztern concurrirt, 2) ohne Rücksicht, ob er arm und der verstorbene wohlhabend gewesen ist, 3) unter beyden Ehegatten hierin kein Unterschied obwaltet, dann ist zwischen dem einheimischen und fremden Rechte eine die Succeßion selbst betreffende so wesentliche Verschiedenheit vorhanden, daß es allein auf das Gesetz ankommen muß, ob der in demselben bedachte

i) S. S. 191, Lit. d.

bedachte Ehegatte für einen Erben, oder für einen blossen Gütertheilempfänger gehalten werden soll. Die gebrauchten Ausdrücke können hierüber allein keine Auskunft geben, denn in Absicht derselben war man bey der Wortarmuth in dieser vielseitigen Materie nicht vorsichtig genug: der Ausdruck Erbe bezeichnet auch einen solchen, der nur einen Theil der Erbschaft erhält [k]), und die Wörter — haben, nehmen — welchen geistarme Rechtsgelehrte so große Unterscheidungskraft beylegten, können gewiß nicht allein einen successor singularis von einem Erben unterscheiden.

Ehe ich auf die Grundsätze komme, nach welchen geprüft werden muß, ob der zum Antheil an der Verlassenschaft gerufene Ehegatte für einen Erben zu halten sey, oder nicht, will ich zuvörderst die Wirkungen angeben, die von diesem Unterschiede abhängen. Ist der Ehegatte wirklicher Erbe, dann ist er nicht nur schuldig die Verbindlichkeiten

k) Aus diesem Grunde bestimmt das Preuss. Landrecht 1. Th. 12. tit. §. 257.: Es ändert auch darunter nichts, wenn auch der Testator diejenigen, welchen er bestimmte Theile, Stücke, oder Summen zuwendet, Erben genannt hat.

des Verstorbenen, so weit die Verlassenschaft reicht, zu erfüllen, sondern er muß so gar, wenn jenem nicht die Befugniß entzogen war, zum Vortheil andrer über das von ihm hinterlassene Vermögen zu disponiren, auch seinen letzten Willen erfüllen und die verordneten Legate entrichten. Die Gläubiger des Verstorbenen werden ihn dann, er sey allein Erbe oder nicht, mit den ihnen ihrer Forderung wegen zuständigen Rechtsmitteln belangen, und die Legatare mit der Klage aus dem Testamente anhalten, die Vermächtnisse auszuliefern. Wenn hingegen derselbe nur Gütertheilsempfänger ist, müssen zwar die Schulden zuvor abgezogen werden, er haftet aber den Gläubigern nicht selbst, ist durch den Empfang des Antheils mit den Vermächtnißnehmern in keinem Quasicontracte, und der Theil, den ihm das Gesetz gibt, kann ihm durch den Willen des Verstorbenen auf keine Weise geschmälert werden.

Justinian mußte, als er den Armentheil für die überlebende Wittwe verordnete, das dem Ehegatten in Absicht der Erbfolge so unvortheilhafte Civilrecht abändern, und dessen Erben einen Abbruch thun; er ist deshalb, wie oben gezeigt ist, ängstlich besorgt gewe-

sen,

sen, diese Abminderung den letztern so wenig als möglich fühlbar zu machen, und hierin liegt unleugbar Grund genug, diesen Armentheil bey zweifelhaften Fragen nicht zum Nachtheil der Erben zu erklären. Anders verhält es sich mit dem deutschen Partikularrechte. Dieses suchte das in Absicht der Nachfolge in das Vermögen des verstorbenen Ehetheils für den überlebenden, der Gütergemeinschaft wegen, so vortheilhafte Verhältniß, das durch den Gebrauch des fremden Rechts ganz vernichtet werden sollte, so viel als möglich dadurch aufrecht zu erhalten, daß es einen Theil des Vermögens dem Ueberlebenden bestimmt, der ihm ohne Rücksicht auf das beyderseitige Vermögensverhältniß entrichtet werden muß. Hieraus folgt, meines Ermessens, sehr einleuchtend, daß, wenn man gleich eine unmittelbare Wirkung der ehemaligen Gütergemeinschaft auf die statutarische Portion nicht für zulässig hält, diese letztere dennoch stets zum Vortheil des überlebenden Ehetheils erklärt werden müsse. Jedem, der die deutsche Gesetzgebung hierin mit Unbefangenheit erwägt, wird es nicht entgehen, daß dieselbe bis in die neuesten Zeiten bemüht gewesen ist, das Vortheil-

hafte, was in der römischen Verlassenschafts-quarte liegt, bey dem von ihr bedachten Ehegatten Statt finden zu lassen, und nur dasjenige anders zu bestimmen, was aus der Justinianischen Aengstlichkeit, ein altes unpassendes Recht abzuändern, geflossen war; da sie hierin, indem sie ältere, für den Ehegatten vortheilhaftere Rechtsverhältnisse erhielt, weit ungebundenere Hände hatte. Bey der Erörterung: ob der durch deutsche Partikularrechte zur Theilnahme an der Verlassenschaft des verstorbenen Ehegatten gerufene überlebende für einen Erben zu halten sey, oder nicht? scheint es mir daher auf folgende Umstände und Grundsätze anzukommen.

a) Von einem römischen Erbrechte, seiner vollen Wirkung nach, kann hier nicht die Rede seyn, sondern nur davon, ob er nach den Grundsätzen des deutschen Rechts für einen Erben gehalten werden könne.

b) Weil der deutsche Erbe ohne Antretung die Erbschaft erwirbt — nicht über die Kräfte derselben verbunden wird — und zwischen ihm und den fremdrechtlichen Erben kein Zuwachsungsrecht Statt findet, so beruht das ganze Moment der Frage blos auf folgenden Puncten: ob der die statutarische

Erb-

Erbgebühr erhaltende Ehegatte den Gläubigern des Verstorbenen unmittelbar verhaftet, und zu dem von diesem verordneten Vermächtnissen beyzutragen schuldig sey? muß dieß nach den vorliegenden Gesetze angenommen werden, dann ist er wirklicher deutscher Erbe, wo nicht, dann ist er ein Gütertheilempfänger gleich demjenigen, der den römischen Armentheil erhält.

c) Müssen die deutschen Partikularrechte zum Vortheil des zur Verlassenschaft gerufenen Ehegatten erklärt werden, so wird derselbe dann nicht für einen Erben gehalten werden können, wenn ihm von dem reinen Vermögen ein bestimmter Theil zugebilligt ist, der demselben durch keine Disposition des Verstorbenen entzogen, oder geschmälert werden kann. Die Entziehung dieses Dispositionsrechts liegt auch ohne ausdrückliche Erwähnung derselben in jedem so bestimmenden Gesetze aus den nämlichen Ursachen, aus denen sie in den Justinianischen den Armentheil betreffenden Gesetzen angenommen wird, ungeachtet die letztern dieses nicht ausdrücklich verordnen: Denn wenn es eine nicht minder natürliche Schuldigkeit der Ehegatten, vorzüglich des Mannes, ist, für den Unterhalt

des

des Ueberlebenden so gut zu sorgen, als für den, welchen sie den Kindern hinterlassen müssen, und die Gesetze in dieser Rücksicht jenen Antheil mit der ausdrücklichen Verordnung, daß nur die Schulden denselben mindern sollen, bestimmen, so kann es unmöglich in der Willkühr des Verstorbenen liegen diese gesetzliche Vorsorge durch einen letzten Willen zu schmälern, am wenigsten alsdann, wenn die Gesetze den Justinianischen Armentheil offenbar darin vor Augen gehabt haben, daß sie es dem die Erbgebühr verlangenden Ehegatten zur Pflicht machen, zuvor das Seinige in die Erbmasse des Verstorbenen zu werfen [l]). Ich will hier nicht einmal

l) Wer könnte wohl daran zweifeln, daß die Kursächs. Constitution im 3. Th. n. 20. so zu verstehen sey, wenn sie sagt: Stirbt der Mann vor seinem Weibe und läßet nach sich Kinder von der ersten oder andern Ehe, eines oder mehr, so soll sein Weib ohne Unterscheid, ob sie (?) reich oder arm, nach Bezahlung der Schulden, aus allen ihres verstorbenen Mannes übrigen Gütern einen vierten Theil nehmen und haben. Ließ aber der verstorbene Mann keine Kinder, so soll seinem überlebenden Eheweibe aus seiner Verlassenschaft, nach Ablegung der Schulden, ein Drittheil folgen, und die Frau in beyden Fällen

einmal in Anregung bringen, daß diese Entziehung der Dispositionsfreiheit eine Voraussetzung war, die aus der sonst allgemein gewesenen Gütergemeinschaft von selbst fliessen mußte.

d) Ist in dem Gesetze der überlebende Ehegatte zum Erben des ganzen Nachlasses [m]), oder eines solchen Theils desselben erklärt, daß letzterer, wo nicht die ganze Erbschaft, doch oft den größten Theil derselben ausmachen kann, z. B. wenn, wie in Sachsen [n]), der Ehemann Erbe der gesammten fahrenden Habe ist, dann leidet es kein Bedenken, daß der succedirende Ehegatte in Absicht der Schulden als deutscher Erbe betrachtet werden müsse [o]). Was aber die

Ver-

len alle ihre eingebrachte, anererbte und andre Güter zusammt der Gerade in die gemeine Theilung zu bringen schuldig seyn.

m) So fällt nach LEYSER Spec. 425. m. 2. im Herzogthum Braunschweig die ganze Verlassenschaft mit Ausschluß der Geschwister auf den überlebenden Ehegatten.

n) SCHOTT Institut jur. Sax. el. p. 288.

o) KIND D. de obligatione mariti rerum uxoris mobilium heredis aes alienum hereditarium dissolvendi C. 2. §. 6.

Verbindlichkeit, sich den Vermächtnissen unterziehen zu müssen, anlangt, findet zwischen beyden Fällen der Unterschied Statt, daß in dem erstern — weil nicht vermuthet werden kann, daß dem Verstorbenen die Befugniß, dergleichen zu machen, entzogen seyn solle — der Ehegatte dieselben entrichten muß, jedoch das Recht hat, die die Legate schmälernde falcidische Quarte abzuziehen; in dem letztern aber seinen Theil unbeschwert haben muß, weil auch hier dieselben Gründe eintreten, aus welchen jede gesetzlich zugetheilte Erbschaftsquote dieser Beschwerung nicht unterworfen ist, wenn das Gesetz nicht hierin etwas anders ausdrücklich bestimmt hat [p]).

4) Wenn

p) So ist in dem Preuss. Landrechte 2. Th. 1. Tit. §. 621—627. verordnet: Der solchergestalt ausgemittelte reine (nach Vorwegnehmung des Eingebrachten und Abzug der Schulden, der Gerade und des Heergeräths) Nachlaß des verstorbenen Ehegatten wird unter den nahen Blutsverwandten und dem überlebenden Ehegatten getheilt. — Für nahe Verwandten werden diejenigen geachtet, welche von dem Erblasser nicht weiter als im sechsten Grade, voller oder halber Geburt, entfernt sind. — Hinterläßt der Verstorbene Verwandten in absteigender Linie, so ist der über-

4) Wenn deutsche, über die Erbgebühr der Ehegatten bestimmende Gesetze zur Erlangung derselben nicht ausdrücklich die Einwerfung der eigenthümlichen Güter des überlebenden, oder die Collation der von dem Verstorbenen erhaltenen Sachen nothwendig machen, dann ist auch keins von beyden in dieselben hinein zu interpretiren, weil aus den in der vorhergehenden Nummer bemerkten Gründen die deutsche Erbgebühr zum Vortheil der Ehegatten erklärt werden muß,

überlebende Ehegatte nur Erbe zum vierten Theile. — Sind mehr als drey absteigende Linien vorhanden, so erbt der überlebende Ehegatte nur Kindestheil. — Hinterläßt der Verstorbene nur Verwandten in aufsteigender Linie, Geschwister, oder Geschwisterkinder ersten Grades, so ist der überlebende Ehegatte Erbe zu einem Drittel. — Sind nur Verwandte in entferntern Graden vorhanden, so erbt der überlebende Ehegatte die Hälfte. — Sind gar keine nahe Verwandten vorhanden, so erbt der überlebende Ehegatte den ganzen Nachlaß. §. 631, 32.: Die Hälfte der durch das Gesetz dem überlebenden Ehegatten bestimmten Erbportion ist als ein Pflichttheil anzusehen. — Diesen Pflichttheil kann ein Ehegatte dem andern nur wegen solcher Verschuldungen schmälern, oder gar entziehen, die ihn berechtigt haben würden, auf Scheidung anzutragen.

da sie weit vortheilhaftere Verhältnisse unter den Ehegatten zur Basis hatte als diejenigen waren, welche dem K. Justinian die Hände banden. Wenn aber mehrere dieser Gesetze es dem überlebenden Ehegatten ausdrücklich zur Pflicht machen, das Seinige zuvor der Erbschaft des verstorbenen einverleiben zu lassen, so ist dieß nichts weniger als eine Folge der ehemaligen Gütergemeinschaft: mithin ist auch der Schluß, welchen einige hieraus gezogen haben, daß die Erbgebühr dann nach den Wirkungen der Gütergemeinschaft genommen werden müßte [q]), ganz falsch. Man darf nur die dieß verordnenden Gesetze genau betrachten, und es wird sich finden, daß sie den Justinianischen Armentheil copirt haben, zu dessen Erlangung der überlebende Ehegatte, wenn er für arm gelten sollte, nicht blos conferiren, sondern auch sein anderwärts herrührendes Eigenthum in die Verlassenschaftsmasse einwerfen mußte. Daher muß auch in der (in der Note l.) angeführten Kursächs. Constitution statt: ob sie reich oder arm — gelesen werden: ob er reich oder arm — weil das Gesetz sonst in die Inconsequenz verfallen würde, auch einer reichen Wittwe den Successionsvortheil zuwenden zu wollen, und sie dennoch, um diesen zu erlangen, vorher arm gemacht zu haben.

5) Zwischen dem Erben nach gemeinem und dem Erben nach deutschem Rechte sind die Schulden, welche der Erblasser hinterläßt, nach der Größe des Antheils, den sie an der Verlassenschaft haben, getheilt. Uebersteigen sie den Nach=

q) **Emminghaus** a. a. O. §. 5, 15.

Nachlaß, dann ist der deutsche Erbe frei von jedem Uebermaß von Verbindlichkeit: was man aber in diesem Falle mit dem gemeinrechtlichen Erben, der ohne Inventarium die Erbschaft angetreten hat, beginnen will, überlasse ich der Schule des gemeinen Rechts. Wenn der überlebende Ehegatte ausschließlich Erbe des beweglichen Nachlasses ist, hat man viel darüber gestritten: ob die Schulden ohne Unterschied nach dem Verhältniß des erhaltenen Verlassenschaftantheils zwischen den Erben nach dem gemeinen Rechte und dem Ehegatten zu vertheilen wären, oder ob nicht der Mann diejenigen Schulden allein übernehmen müsse, die intuitu solarum rerum mobilium legitime contrahirt wären, z. B. dadurch, daß diese versetzt sind; so wie die gemeinrechtlichen Erben diejenigen, welche dem ihnen zufallenden unbeweglichen Vermögen eigen sind; und nur diejenigen für gemeinschaftliche und nach der Größe der Antheile zu vertheilende Schulden gehalten werden müßten, von welchen sich nicht ausmitteln liesse, an welchen Theil des Vermögens sie als eigenthümliche Obliegenheiten gewiesen werden könnten [r])? Je unbestimmter und dunkler mir diese Vertheilung der Verbindlichkeiten zwischen diesen verschiedenen Erben, von welcher behauptet wird, daß sie in Sachsen die allgemein angenommene sey [s]), geschienen hat, desto genauer habe ich mich bey dem Vortrage

r) SCHOTT a. a. O. S. 288. KIND a. a. O. C. 2. §. 2.

s) KIND a. a. O. §. 5.

derselben an die Worte ihrer Vertheidiger gehalten. In der Regel sind alle Verbindlichkeiten, die durch die Repräsentation des Verstorbenen den Erben obliegen, persönliche, und müssen also unter mehrere Repräsentanten nach der Größe des Repräsentationsgrundes vertheilt werden. Auf die Güter kann hierbey nicht anders Rücksicht genommen werden, als wenn entweder die Schuld eine solche ist, bey welcher eine Sache das Object der Verbindlichkeit ist, wie z. B. bey dinglichen Renten, Zehnten und den öffentlichen Lasten, oder nach dem gemeinen Rechte ein bestimmter Grund existirt, aus dem der Besitzer einer Sache unmittelbar für die Forderung verhaftet wird, welches dann der Fall ist, wenn durch das Darlehn die Sache entweder vorhanden, oder so verbessert ist, daß der Besitzer mit dem Schaden des Gläubigers reicher seyn würde, wenn dieser keine Befriedigung erhielte.

Sehe ich nun auf die Beyspiele, welche, um jene Meinung einleuchtend zu machen, angeführt sind, und finde, daß man die Forderungen, für welche Pfänder haften, je nachdem die verpfändeten Sachen bewegliche oder unbewegliche sind, entweder zu der ausschließlichen Verbindlichkeit des Mobiliar= oder des Immobiliarerben rechnet, so muß ich glauben, daß bey dieser angenommenen Vertheilung der Repräsentationsverbindlichkeit keine richtigen und bestimmten Begriffe zum Grunde liegen. Pfänder und Hypotheken sind bekanntlich nur accessorische Verbindlichkeiten, bey welchen lediglich die Hauptverbindlichkeit in Betracht kömmt; ist diese nun persönlich, wie z. B. eine

Anleihe,

Anleihe, so kann ja die Forderung, des zu ihrer Sicherheit stehenden Pfandes wegen, nicht zu denjenigen gerechnet werden, die der an der Sache haftenden Verbindlichkeit willen, zu der beweglichen oder unbeweglichen Verlassenschaft gerechnet werden müßten. Wenn ich nun zugebe, daß sich bey der erbrechtlichen Vertheilung des Vermögens nach seiner beweglichen oder unbeweglichen Beschaffenheit allerdings annehmen läßt, daß der Erbe des einen oder des andern diejenigen Schulden allein übernehmen müsse, die auf den Sachen der einen oder der andern Gattung dergestalt haften, daß sie den Gütern folgen, so kann ich dieß doch nicht anders als unter jenen beyden angeführten Bestimmungen Statt finden lassen, unter welchen ohne ausdrückliches Gesetz allein eine Verbindlichkeit der Sache wegen angenommen werden kann.

6) Dem Ehegatten, welchem deutsche Gesetze auch alsdann einen Antheil an der Verlassenschaft zugestanden haben, wenn er mit Blutsverwandten des Verstorbenen zusammen trifft, muß es unbenommen bleiben, in dem Falle, in welchem er nach dem römischen Rechte prätorischer Erbe werden kann, von demselben Gebrauch zu machen, weil kein Grund vorhanden ist, ihm diese Befugniß zu entziehen, da das deutsche Gesetz, welches den Vortheil desselben will, nur die Absicht hatte, auch in dem Falle für ihn zu sorgen, in welchem ihn das Civilrecht durch den entferntesten Blutsverwandten von der Verlassenschaft des Verstorbenen gänzlich ausschloß. Wenn hingegen die Land- und

Stadt-

Stadtrechte dem mit Blutsverwandten des Verstorbenen concurrirenden Ehegatten einen bestimmten Antheil an der Verlassenschaft angewiesen haben, der von dem Justinianischen Armentheile in Absicht der Zuständigkeit verschieden ist, so muß er sich mit demselben begnügen, ohne zum römischen Rechte greifen zu können, wenn gleich dieses unter Umständen vortheilhafter für ihn seyn sollte: Dem zur Folge kann der sächsische Wittwer, wenn er arm und der Mobiliarnachläß seiner Frau so gering ist, daß er nicht den vierten Theil der ganzen Nachlassenschaft, oder so viel als eins von den Kindern erhält, beträgt, nicht zu dem Justinianischen Armentheile greifen [t]), gesetzt auch, daß dieser durch die Novelle 117. nicht blos auf die Wittwe beschränkt worden wäre; denn was würden Landesgesetze gelten, wenn es erlaubt wäre, statt ihrer das fremde Recht substituiren zu können, so oft dieses jemanden besser behagte.

t) SCHOTT a. a. O. S. 293. und das von diesem angezogene Kurfürstliche Rescript v. 19. März 1791. Es gab aber Rechtsgelehrte BERGER Oecon. juris l. 2. tit. 4. th. 43. n. 8. Emminghaus a. a. O. §. 22., denen diese Behauptung nicht anstössig war.

Posse, Adolf Felix Heinrich,

Abhandlungen einiger vorzüglichen Gegenstände des deutschen Staats- und Privatrechts

Bd.: 2

Rostock ; Leipzig (1804)

J.germ. 140 p#Beibd.3
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10623295-3